

InDret

REVISTA PARA EL
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW.INDRET.COM

La intencionalidad como criterio de distinción entre la estafa y el ilícito civil

La función definidora del elemento subjetivo del delito en Derecho penal, con especial referencia a los delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico, ejemplificada en la *insolvencia* y el *decomiso*

Joaquín Cuello Contreras

Universidad de Extremadura

BARCELONA, ENERO DE 2019

Abstract

La intención (el ánimo de lucro) en la estafa exige que el apoderamiento de bien patrimonial ajeno como propósito esté presente en la conducta del autor desde el primer momento, enlazando todos sus elementos, por lo que este elemento del tipo de estafa requiere dolo directo de primer grado o intencionalidad, con exclusión del dolo directo de segundo grado y eventual. Y es lo que permite distinguir a la estafa de otros ilícitos civiles.

La intencionalidad como elemento subjetivo caracterizador de la estafa frente al ilícito civil, es extrapolable a otros delitos patrimoniales y socioeconómicos, como las insolvencias punibles, ya que es la intencionalidad el elemento que permite distinguir el alzamiento de bienes de las restantes insolvencias, tanto penales como civiles, que exigiendo también injusto (concurso doloso o gravemente imprudente) podrían bastar para la protección del acreedor, quedando el derecho penal para las maniobras realmente fraudulentas.

No se puede prescindir del elemento subjetivo para configurar el injusto penal, que a veces es decisivo para la distinción entre el comportamiento más grave, el penal, bastando para los demás comportamiento lesivos el ilícito civil. Se evitaría de esta forma que el derecho penal patrimonial y socioeconómico alcanzara, como está alcanzando, unas dimensiones colosales, que los comerciantes más probos temen sin que los más desaprensivos se sientan alcanzados por él.

El elemento subjetivo caracterizador del derecho penal que puede llegar donde no puede llegar el derecho civil (limitado al resarcimiento del daño), permite conectar con el comportamiento delictivo consecuencias de carácter no penal, como el recientemente muy reformado régimen del decomiso, que puede ser más eficaz en la lucha contra la criminalidad económica y organizada que la mera imposición de castigos penales.

Die Absicht (Bereicherungsabsicht) beim Betrug setzt voraus, dass sich die Aneignung von Vermögenswerten als Zweck des Täterverhalten vom Anfang an feststellen lässt, indem sie alle seine Merkmale miteinander verbindet, so dass dieses Betrugsmerkmal einen direkten Vorsatz 1. Grades (Absicht) erfordert, und den direkten Vorsatz 2. Grades und den bedingten Vorsatz ausschließt. Gerade diese Absicht ist das, was den Betrug von anderen zivilrechtlich rechtswidrigen Handlungen unterscheidet.

Die Intentionalität als subjektives Merkmal, das den Betrug von dem zivilrechtlichen Unrecht unterscheidet, ist auf andere Vermögens- und Wirtschaftsstraftaten, nämlich die strafbaren Insolvenzen, übertragbar. Denn das Intentionalitätsmerkmal ist das, was den betrügerischen Bankrott von den übrigen strafrechtlichen wie zivilrechtlichen Insolvenzen unterscheidet. In dem Letztere auch ein Unrecht (nämlich den vorsätzlichen bzw. grob fahrlässigen Bankrott) erfordern, könnten sie als Schutz des Gläubigers ausreichen, so dass das Strafrecht ausschließlich bei wirklich betrügerischen Machenschaften eingreifen soll.

Um das strafrechtliche Unrecht zu gestalten, darf auf das subjektive Element nicht verzichtet werden, das manchmal für die Unterscheidung des schweren (nämlich den strafrechtlichen) Verhaltens ausschlaggebend ist, während für die anderen Verhaltensweisen das zivilrechtliche Unrecht genügen würde. Auf dieser Weise ließ sich vermeiden, dass das Vermögens- und Wirtschaftsstrafrecht ein so kolossales Ausmaß wie das gegenwärtige erreicht – ein Ausmaß das die redlichen Geschäftsleute fürchten, ohne dass die Skrupellosesten sich von ihm erreicht fühlen.

Das das Strafrecht kennzeichnende subjektive Merkmal, das Fälle erfassen kann, die das auf den Schadensersatz begrenzte Zivilrecht nicht umfassen kann, ermöglicht es, kriminelles Verhalten mit nicht strafrechtlichen Konsequenzen in Verbindung zu bringen, u. A. der kürzlich geänderten Verfallsregelung, die sich als wirksamer sein kann in dem Kampf gegen die wirtschaftliche und organisierte Kriminalität als die bloße Verhängung strafrechtlicher Sanktionen erweisen kann.

Intention (the profit motive) in fraud requires that the taking of patrimonial property as a purpose be present in the behavior of the author from the first moment, linking all its items; so this element of fraud requires first-degree direct intent or intentionality, excluding second-degree direct intent and gross negligence. And this is what allows us to distinguish fraud from other civil illicit acts.

The intentionality as a subjective element characterizing fraud against a civil wrong, can be extrapolated to other patrimonial and socioeconomic crimes, such as punishable insolvencies, since it is intentionality that distinguishes the lifting of assets from the remaining insolvencies, both criminal and civil, which also requiring an illicit act (fraudulent or seriously imprudent bankruptcy) could be enough for the protection of creditors, leaving the criminal law for the truly fraudulent maneuvers.

You cannot do without the subjective element to configure the criminal act, which is sometimes decisive for the distinction between the most serious behaviors, the criminal ones, while it is enough the civil wrong for the other behaviors that cause harm. It would be avoided in this way that the patrimonial and socioeconomic criminal law should reach such expansion, that the most honest businessmen fear it, without the most unscrupulous ones feeling reached by him.

The subjective element characterizing criminal law, that can reach where civil law (limited to compensation for damages) can not reach, allows criminal behavior to be linked to consequences of a non-criminal nature, such as the recently reformed confiscation regime, which can be more effective in the fight against economic and organized crime than the mere imposition of criminal penalties.

Titel: Intentionalität als Kriterium der Unterscheidung zwischen Betrug und Zivilrechtlichem Unrecht. Die bestimmende Funktion des subjektiven Unrechtmerkmals im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Vermögensdelikte und der Delikte gegen die sozioökonomische Ordnung, am Beispiel von Insolvenz und Einziehung

Title: Intentionality as a criterion for the distinction between criminal fraud and civil wrongs. The subjective element of criminal offenses and its defining function in Criminal Law. A particular reference to crimes against property and the socioeconomic order, exemplified with cases of insolvency and confiscation.

Palabras claves: El dolo y los elementos de la estafa. Elementos en los que basta el dolo eventual. Elementos que requieren dolo directo de primer grado. La distinción entre estafa e ilícito civil. Ilícito penal e ilícito civil. La distinción entre ilícito civil e ilícito penal en las insolvencias. La segregación del alzamiento de bienes de las insolvencias punibles. Responsabilidad civil y responsabilidad penal. Los límites de la responsabilidad civil. Las consecuencias civiles del ilícito penal. El decomiso. Fundamento de su nueva regulación.

Stichworte: Betrug und Betrugsmerkmale. Merkmale, in denen der *dolus eventualis* ausreicht. Merkmale, die direkten Vorsatz 1. Grades erfordern. Unterscheidung zwischen Betrug und zivilem Unrecht. Strafrechtliches und zivilrechtliches Unrecht. Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und zivilrechtlichem Unrecht bei den Insolvenzen. Die –Unterscheidung zwischen der Vermögensverschiebung und den strafbaren Insolvenzen. Haftpflicht und strafrechtliche Verantwortung. Haftungsbeschränkungen. Zivilrechtliche Folgen der Straftat. Verfall: Grundlagen der neuen Regelung.

Keywords: Intention and the elements of fraud. Elements in which gross negligence is enough. Items that require first-degree direct intent. Distinction between criminal fraud and civil wrong. Criminal and civil wrongs. Distinction between civil and criminal offenses in cases of insolvency. The segregation of the lifting of assets from punishable insolvencies. Civil liability and criminal responsibility. Limits of civil liability. Civil consequences of the criminal offense. Confiscation and foundation of its new regulation.

Sumario

1. Introducción
2. La cuestión del elemento subjetivo de la estafa
 - 2.1. La solución de RENGIER
 - 2.2. La solución de SAMSON y DENCKER
3. El significado de la equivalencia material ("*Stoffgleichheit*")
4. El enriquecimiento
5. El ánimo de enriquecimiento
6. Otras consecuencias dogmáticas: Naturaleza de la intencionalidad. Comisión por omisión
 - 6.1. Naturaleza de la intencionalidad y extensibilidad al partícipe
 - 6.2. Estafa y omisión
7. La intencionalidad en la estafa
8. La intencionalidad en la teoría del delito
9. De vueltas a la intencionalidad en la estafa
10. La intencionalidad como criterio de distinción entre el ilícito civil y la estafa
11. La extensibilidad de la intencionalidad como criterio de distinción entre el ilícito penal y el ilícito civil a otros delitos
12. Ilícito penal e ilícito civil como comportamiento
13. La cuestión acerca del injusto no culpable ("*schuldlose Unrecht*") o separación entre antijuridicidad y culpabilidad
14. Ilícito civil e ilícito penal en la insolvencia
 - 14.1. El ilícito de la insolvencia civil de la Ley Concursal
 - 14.2. El ilícito de la insolvencia punible en el CP
 - 14.3. Frustración de la ejecución como nuevo grupo de delitos
15. Frustración de la ejecución e insolvencia punible
16. La intencionalidad como criterio de distinción entre el alzamiento de bienes y la insolvencia punible
17. El alzamiento de bienes como delito intencional
18. Conclusión: La intencionalidad como criterio de acotación penal de la insolvencia
19. Responsabilidad penal y responsabilidad civil
20. Las tortuosas relaciones entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil
21. Ilícito civil y responsabilidad penal
22. Ilícito penal y responsabilidad civil

23. El decomiso como piedra de toque de la permutabilidad de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil

24. Conclusión

25. Resumen y conclusión general

26. Bibliografía

1. Introducción

La complejidad del delito de estafa en los Códigos penales que poseen una definición abstracta, como el español o el alemán, en lugar de una enumeración de formas de engañar con efectos patrimoniales propia del derecho histórico, se manifiesta en las dificultades de intelección de cada uno de los elementos que componen la definición (engaño, error, disposición patrimonial, daño de la víctima y lucro del autor)¹, la relación en que se encuentran todos ellos entre sí en la dinámica del hecho (en la que el anterior elemento es medio para el siguiente) y, aunque quizá debiéramos haberlo mencionado en primer lugar, la dificultad conceptual de separar el delito de estafa de otros engaños contractuales constitutivos de mero ilícito civil, con lo que acotar la responsabilidad penal dentro de unos límites tolerables.

En lo sucesivo, circunscribiremos la atención a un problema apenas comenzado a percibir de la dogmática de la estafa a pesar de haber estado latente desde el comienzo de su elaboración en la segunda mitad del siglo XIX, que además de ayudar a resolver su dificultad intrínseca puede esclarecer la relación entre los elementos constitutivos de la definición y a comprender dónde debe ser trazada la demarcación entre la estafa y el mero ilícito contractual. Se trata del *elemento subjetivo de la estafa*, respecto al cual afirmó Friedrich DENCKER en 1999 que las opiniones vertidas sobre el mismo son muy escasas en comparación con las vertidas sobre el elemento objetivo del delito (cada uno de sus componentes).

Objetivo fundamental de las siguientes páginas será el de poner de relieve que más allá de la cuestión, muy importante, acerca de qué clase de dolo requiere cada uno de los elementos del tipo de estafa, inclusión hecha de cómo ha debido ser abarcada la relación entre el elemento anterior y el elemento posterior del conjunto dinámico que supone la estafa, hay un aspecto en el que todos los elementos que componen la estafa han de ser abarcados por la *intencionalidad*, como quiera que se entienda (lo que no está exento de dudas fundamentales) la intencionalidad como forma de aparición del tipo subjetivo en derecho penal. De ahí el título de este ensayo.

Además, se proporciona un *fundamento* a la intencionalidad como forma de imputación penal que la doctrina más sensible al reconocimiento consecuente de ella cuando el legislador la ha empleado no ha intentado siquiera sugerir, probablemente por prejuicios teóricos muy vinculados a la tendencia actual a concebir el injusto penal de forma inicialmente objetiva a la que sólo después, para respetar el principio de culpabilidad, añadir el tipo subjetivo, en lugar de admitir que al menos en algunos casos sea el elemento subjetivo, en este aspecto, la intencionalidad, el que configure decisivamente el ilícito penal.

Ese fundamento sirve para interpretar tipos delictivos, del derecho penal patrimonial y económico o de cualquier otro ámbito, p. ej. la prevaricación judicial, que presenten estructura semejante y en la medida en que lo sean, y para reconocer que el delito como acción contiene un elemento de intencionalidad que constituye el substrato sobre el que construir el tipo de delito correspondiente con su componente objetiva y subjetiva inescindibles salvo a efectos analíticos.

¹ Dificultades explicadas por la inmensa casuística de la estafa que no por lo dudoso de alguno de estos elementos, todos ellos aceptados unánimemente por doctrina y jurisprudencia como acertados e imprescindibles.

Finalmente, la intencionalidad en la estafa proporcionará elementos que ayuden en otros delitos patrimoniales y socio-económicos a hacer *interpretaciones restrictivas* que acoten la materia a límites tolerables que eviten dar al traste con el necesario tráfico económico amenazado de criminalización indiscriminada, que sería tan malo como la absoluta impunidad de antaño en sector tan sensible. Dando continuidad y fundamento a una tradición, que se remonta Adolf MERKEL en el siglo XIX, que quiso separar el ilícito penal del ilícito civil en la estafa acudiendo a elementos muy semejantes a lo propuestos aquí a través de la intencionalidad.

Este último aspecto, el de la distinción entre el *ilícito penal* y el *ilícito civil*, como fundamento de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil respectivamente, de la que la estafa puede ser un buen ejemplo, lo completaremos con otro capítulo muy emblemático del Derecho penal patrimonial, recientemente reformado en España y en el que la doble perspectiva, penal y civil, está muy presente, como es el de las *insolvencias*.

Para terminar, analizaremos las relaciones entre la *responsabilidad penal* y la *responsabilidad civil*, correlato de las relaciones entre el ilícito penal y el ilícito civil tan presente en la estafa y otros delitos patrimoniales y contra el orden socio-económico (piénsese en el delito de receptación y blanqueo de capitales), para experimentar nuevas rutas a través de las cuales combatir problemas sin sobrecargar demasiado al Derecho penal, como de un tiempo a esta parte está ocurriendo con este gigantesco grupo de delitos, para lo que abordaremos la muy ampliada regulación dada en 2015 a la figura del *decomiso*.

2. La cuestión del elemento subjetivo de la estafa

Sobre el tipo objetivo del delito de estafa (art. 241. 1º CP) se han escrito ríos de tinta. Los elementos que lo componen: error, engaño, disposición patrimonial y perjuicio de la víctima en beneficio del autor o tercero, han sido estudiados al detalle por la doctrina. En cambio, el tipo subjetivo apenas si ha sido objeto de consideración.

La doctrina dominante se conforma con constatar que el tipo requiere *ánimo de lucro*, es decir, ánimo de enriquecimiento; lo que supone intencionalidad. O sea, que el autor ha de perseguir intencionalmente obtener un enriquecimiento. Pero respecto a los restantes elementos del tipo objetivo, estima que basta el dolo eventual².

De la escasísima doctrina que se ha ocupado del tipo subjetivo de estafa, la obra más incisiva es la de Friedrich DENCKER, que no llega a las veinte páginas de su colaboración a un libro-homenaje³.

DENCKER aborda la cuestión sobre el elemento subjetivo de la estafa denunciando que las afirmaciones sustentadas sobre él en las obras generales de derecho penal son contradictorias.

² Vid. José ANTÓN ONECA, voz "Estafa", en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. IX, 1958, 70; Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Derecho penal español, Parte especial (II)*, 2011, pp. 245 ss. La doctrina dominante en España incluso ni siquiera especifica ni se esmera en justificar que es posible el dolo eventual, limitándose a la exigencia genérica del dolo referido a los elementos del tipo objetivo más el ánimo de lucro. Vid. por todos, Ignacio F. BENÍTEZ ORTÚZAR, en Lorenzo MORILLAS CUEVA (dir.), *Sistema de Derecho penal, Parte especial*, 2ª ed., 2016, p. 516.

³ DENCKER, «Zum subjektiven Tatbestand des Betruges», *FS-Grünwald*, 1999, pp. 75 ss.

Sobre el elemento subjetivo de la estafa se dice al mismo tiempo que: 1) el dolo de este delito admite todas sus formas, incluido el dolo eventual; 2) la intención exigida por la estafa, de enriquecimiento de uno mismo o de tercero, requiere dolo directo de primer grado; 3) la ventaja perseguida intencionalmente debe ser materialmente equivalente (“*stoffgleich*”) al daño ocasionado para obtenerla, para asegurar la naturaleza de la estafa como delito de desplazamiento patrimonial (“*Vermögensverschiebungdelikt*”)⁴.

De estas tres consideraciones sobre el elemento subjetivo de la estafa, la primera es contradictoria con las otras dos, pues, frente a lo sustentado por Theodor LACKNER⁵, en respuesta a Erich SAMSON, que lo había esgrimido desde las primera ediciones del *Systematischer Kommentar*⁶ (sin eco alguno), la persecución de una ventaja característica de la estafa exige que se persigan también (no basta el dolo eventual) los escalones previos (daño, disposición, engaño y error) necesarios para obtener la meta final⁷ ⁸.

Si se acepta la crítica formulada a la teoría dominante que se conforma con el dolo eventual respecto a los elementos objetivos del tipo de estafa, al que se superpondría sin solución de continuidad la intencionalidad del lucro final, sólo quedan dos alternativas: O se renuncia a interpretar el ánimo de lucro o enriquecimiento como intención especial. O se matiza la interpretación sobre el elemento subjetivo en la estafa según la cual basta el dolo eventual para estimar realizado el tipo subjetivo⁹. Ambas vías se han intentado, como abordamos a continuación.

2.1 La solución de RENGIER

RENGIER, que ha revisado casos jurisprudenciales en los que se cuestionaba si el autor de la estafa había actuado con ánimo de lucro como fin del engaño seguido de la disposición del engañado, llega a la conclusión de que ni literatura ni jurisprudencia aciertan a distinguir sino arbitrariamente cuándo ese ánimo fue el fin principal del acto y cuándo fue sólo un fin secundario o simple efecto colateral¹⁰.

Así, a la afirmación de que quien no pagó el billete del metro para poder llegar pronto a la ópera, no para enriquecerse a costa de los servicios públicos, no cometió estafa, siendo el daño una mera consecuencia no deseada ni perseguida —al contrario de si el sujeto no hubiese pagado para disponer de los dos marcos que le faltaban para poder pagar la entrada a la ópera, en cuyo caso la obtención de la ventaja por su parte sí habría sido fin principal y necesario sin el que no hubiera podido ver cumplido su deseo de asistir al evento— opone que también en el primer caso el viaje

⁴ DENCKER, *FS-Grünwald*, 1999, pp. 75 s.

⁵ LACKNER, «§ 263», *StGB Leipziger Kommentar*, 10ª ed., 1979, nm. 256, nota 396.

⁶ SAMSON, «§ 263», *Systematischer Kommentar zum StGB*, BT, Band 2, 2ª ed., 1982, nm. 185.

⁷ DENCKER, *FS-Grünwald*, 1999, p. 76.

⁸ DENCKER, *FS-Grünwald*, 1999, p. 76, reconoce que esta dificultad se podría tratar de obviar descartando que la estafa sea un delito de desplazamiento patrimonial que exija equivalencia entre el objeto del patrimonio perjudicado y el incorporado al patrimonio beneficiado, conformándonos con considerarlo un mero delito “tapa agujeros” de cualquier daño patrimonial; pero, aún así, seguiría requiriéndose algún tipo de intencionalidad sobre lo que llevará al enriquecimiento perseguido.

⁹ DENCKER, *FS-Grünwald*, 1999, p. 77.

¹⁰ RENGIER, “Die Unterscheidung von Zwischenziele und unvermeidlichen Nebenfolgen”, *Juristenzeitung*, 7/1990, pp. 321 ss., p. 323.

gratis era el medio necesario para ir a la ópera; siendo irrelevante que el dinero le sirva al agente para pagar el billete de la ópera o simplemente para seguir teniendo el precio del billete de metro en su patrimonio¹¹.

La solución de RENGIER al dilema estriba en renunciar a la exigencia de intencionalidad, porque no cabe distinguir entre fin principal, fin intermedio, efecto colateral o incluso mero motivo de actuar, que, además, es insondable; bastando con el dolo directo, es decir, con el conocimiento seguro de que el enriquecimiento sobrevendrá con lo que se emprende, cualquiera que sea la finalidad o motivo con que se actúa¹². A la exigencia de dolo directo, por lo demás, no se puede renunciar porque está claro que el Legislador sí ha querido restringir el ámbito del dolo en este delito¹³.

Con independencia de lo acertadas que puedan ser las afirmaciones de RENGIER sobre las contradicciones doctrinales y jurisprudenciales en la estimación de la intencionalidad (por cierto un problema de todos los delitos que la contienen como forma de dolo), sostiene DENCKER que con esa tesis habría que considerar estafa cualquiera que sea el enriquecimiento obtenido por alguien como consecuencia del engaño, como p. ej. los gastos de envío a pagar a correos en un contrato de suministro de algo que el destinatario no va a aceptar; o los gastos de transporte público de quienes fueron engañados maliciosamente por alguien que les proporcionó una dirección falsa cuando le preguntaron por una calle¹⁴. Etc.

2.2 La solución de SAMSON y DENCKER

SAMSON, por su parte, resuelve el problema de la intencionalidad en la estafa que él mismo había vislumbrado sosteniendo que si la estafa requiere ánimo de enriquecimiento habrá debido abarcar el dolo del autor también los *eslabones causales intermedios*: engaño, error, disposición y daño, necesarios para conseguirlo, bastando, eso sí, esa es su tesis con la que resuelve el “nudo gordiano” de la referencia de la intencionalidad en la estafa, que el autor haya tenido por posible que su afirmación y la representación que de lo afirmado se haya hecho la víctima pueden ser falsas, siempre y cuando haya actuado en dirección a que el posible engaño, error, disposición y daño le proporcionarán el enriquecimiento buscado¹⁵.

Objeción de DENCKER: Esta forma de resolver la intencionalidad en la estafa es cuanto menos muy *pobre* (“*knapp*”), e, incluso, en algún aspecto esencial, *incompleta* (“*unvollständig*”) ¹⁶.

Caracterizar como “factores causales” (“*Kausalfaktoren*”) aquello que ha de ser objeto de la cadena intencional de la estafa, es muy *pobre* (“*dürr*”), pues si la ventaja (equivalente), como meta final del desplazamiento patrimonial, ha de ser intencional, las etapas que llevan a ella (engaño, error

¹¹ RENGIER, JZ, 7/1990, p. 322.

¹² RENGIER, JZ, 7/1990, p. 325 ss. A favor de exigir dolo directo en España, VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, 1987, pp. 272 y 274 (en contra expresamente del dolo eventual); GONZÁLEZ RUS, en *Compendio de Derecho penal español (Parte especial)*, Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), 2000, pp. 438 s.

¹³ RENGIER, JZ, 7/1990, p. 325.

¹⁴ DENCKER, FS-Grünwald, 1999, p. 78.

¹⁵ SAMSON/GÜNHTER, «§ 263», SK, B. 2, 5ª ed., 1996, nm. 185.

¹⁶ DENCKER, FS-Grünwald, 1999, p. 79.

y disposición patrimonial generadora de la pérdida patrimonial equivalente a la ventaja obtenida mediante la estafa), también han de serlo, es decir, metas, ellas mismas, en si, además de dirigidas a la ventaja final¹⁷.

Es cierto que la intencionalidad referida a los eslabones necesarios y sucesivos para el enriquecimiento final es compatible con la indiferencia del autor acerca de si su afirmación es falsa y ha provocado un error en la víctima (aspectos en los que puede bastar el dolo eventual), como sostiene SAMSON. Pero *que la afirmación que puede ser falsa y/o ha podido provocar el error dará lugar a una disposición patrimonial en su beneficio (o de tercero), ha de ser objeto de intencionalidad*. En este sentido, debe corregirse por inexacta la afirmación generalizada según la cual basta el dolo eventual en lo que se refiere a todos los elementos del tipo de estafa (al que se superpondría el ánimo de lucro: doctrina mayoritaria), pues respecto a la disposición patrimonial de la víctima que conducirá al enriquecimiento del autor o tercero es necesario el dolo directo de primer grado o intencionalidad; por lo que no puede decirse que respecto a todos los elementos de la estafa cabe el dolo eventual al que se superpondría la intencionalidad como elemento subjetivo añadido¹⁸. El elemento disposición patrimonial sólo es posible como intencionalidad.

Igualmente, su vez, el *daño patrimonial* experimentado por la víctima, aunque se mida conforme al criterio del saldo (la pérdida puede ir acompañada de una entrada equivalente), ha debido ser perseguido intencionalmente, por la razón ya aludida: Si el autor ha de perseguir intencionalmente la obtención de una ventaja patrimonial, ha de perseguir también intencionalmente la merma patrimonial equivalente en el patrimonio de la víctima. Y puesto que la contraprestación puede ser equivalente o no a la ventaja obtenida por el autor, siéndole ello quizá desconocido o indiferente, debe llegarse a la conclusión de que respecto al daño patrimonial en conjunto, sí puede ser suficiente el dolo eventual¹⁹. Procede, pues, desglosar el elemento “daño patrimonial”, exigiéndose intencionalidad por lo que se refiere a la entrada de bien patrimonial ajeno en el patrimonio del autor (o tercero beneficiado) del engaño, pero no respecto al perjuicio experimentado por la víctima, respecto al cual bastará el dolo eventual, es decir, que pueda experimentarlo aquella.

En suma. En tanto en cuanto basta el dolo eventual respecto al engaño, pero es necesaria la intencionalidad del autor respecto a la disposición patrimonial que realizará la víctima, y en tanto en cuanto es necesaria la intencionalidad referida a la disposición sobre elemento patrimonial de la víctima pero no respecto a la posible compensación que obtenga, es incompleta (“*unvollständig*”) la afirmación indiscriminada sobre el alcance del dolo y la intencionalidad en la estafa que propicia la doctrina dominante (incluido SAMSON) al parecer de DENCKER.

Ejemplificación final de DENCKER sobre su interpretación del alcance de la intencionalidad respecto a cada elemento de la estafa: El comisionista del comerciante sabe que el cliente quiere un objeto de determinadas características y sabe también que la cosa lo mismo puede tenerlas que no tenerlas, y además sabe que quizá el cliente comprará la cosa por tener esa propiedad, pero quizá no, ya que la propiedad en cuestión es decisiva respecto al valor que puede tener la cosa para el comprador. Aquí, para alcanzar su fin, enriquecer a su mandante, fin último, el

¹⁷ DENCKER, *FS-Grünwald*, 1999, pp. 79 s.

¹⁸ DENCKER, *FS-Grünwald*, 1999, p. 80.

¹⁹ DENCKER, *FS-Grünwald*, 1999, p. 80.

comisionista realizará, como fines intermedios, afirmaciones dudosas que sirven al cliente, por creerlo, para cargar su patrimonio en interés del comerciante representado por el comisionista, que podrá exigir el pago al cliente. En suma, que la afirmación del comisionista sea falsa o que el cliente se haya formado realmente una idea equivocada y que el objeto así obtenido tenga un valor equivalente al beneficio del comerciante, todo ello es indiferente, bastando para esos elementos el dolo eventual²⁰. En cambio, que la afirmación que puede ser falsa y/o ha podido provocar el error dará lugar a una disposición patrimonial en su beneficio (o de tercero), ha de ser objeto de intencionalidad.

Íntimamente relacionado (incluso derivado de ella) con la interpretación matizada sobre el alcance de la intencionalidad respecto a todos y cada uno de los elementos de la estafa, que se acaba de exponer, está a su vez todo aquello que habla a favor de concebir este delito como un *delito de desplazamiento patrimonial* y el hecho de que no sea decisivo el *principio del saldo* en la estafa, que a continuación se abordan.

3. El significado de la equivalencia material ("*Stoffgleichheit*")

De la exigencia de intencionalidad respecto al apoderamiento de elemento perteneciente al patrimonio de la víctima incorporado al patrimonio del autor mediante disposición de aquélla inducida por el engaño y el error previos del autor, deduce DENCKER una consecuencia sobre elemento fundamental y resbaladizo de la estafa como el de la *equivalencia material* ("*Stoffgleichheit*")²¹:

El concepto de patrimonio a efectos del delito de estafa comenzó siendo un concepto puramente jurídico (el patrimonio lo componen los derechos y deberes que lo constituyen en cada momento) —concepción tradicional elaborada por MERKEL y, sobre todo, BINDING—, pero ha ido evolucionando y dando cabida a consideraciones dinámica, jurídico-individual, etc., que culminan en el principio del saldo²².

Casos que se pueden discutir y resolver conforme a dicho principio del saldo son muchos, de los que es paradigmático el ya aludido, una de sus variantes, según el cual el objeto vendido vale su precio pero no sirve a las necesidades del comprador²³.

La doctrina dominante juega con el concepto de patrimonio, que lleva a unos autores a negar que haya estafa en estos casos mientras que a otros les lleva a afirmarla en atención a la ampliación de la capacidad negocial que reporta al vendedor en forma de dinero equivalente al que ha perdido la víctima como consecuencia de la inutilidad de la cosa comprada para sus fines²⁴.

DENCKER, en cambio, desarrolla la tesis alternativa según la cual, siguiendo a MERKEL, el objeto del patrimonio del que se dispone ha de ser el mismo que pasa a formar parte del patrimonio del autor de la estafa, rebatiendo la doctrina que quiere hacer más operativo el requisito de la

²⁰ DENCKER, *FS-Grünwald*, 1999, p. 81.

²¹ DENCKER, *FS-Grünwald*, 1999, pp. 82 ss.

²² DENCKER, *FS-Grünwald*, 1999, p. 83.

²³ DENCKER, *FS-Grünwald*, 1999, p. 83.

²⁴ DENCKER, *FS-Grünwald*, 1999, p. 82

equivalencia midiéndola conforme a valores económicos entrantes y salientes a los que aplicar el principio del saldo —que tras la operación la víctima ha experimentado una pérdidas y el autor una ganancia—; sosteniendo que *ese balance de valores tiene como sustrato al objeto patrimonial desplazado*²⁵. Son objetos —aquellos sobre los que recae el acto de disposición que está en el centro de la estafa— los que dan contenido a la exigencias de “*Stoffgleichheit*”, con independencia de que sean también los que permiten aplicar el principio del saldo²⁶.

La estafa es pues antes que nada y sobre todo un *delito de desplazamiento patrimonial*.

4. El enriquecimiento

De poner el acento, volviendo una vez más a MERKEL, en el objeto patrimonial como fundamento de la disposición en que consiste la estafa y es contenido de esa disposición (desplazamiento patrimonial), cabe extraer todavía otra consecuencia, también anticipada ya en páginas anteriores: Si lo importante es que un objeto haya salido del patrimonio de la víctima, pasa a un segundo plano la aplicación del *principio del saldo*²⁷.

En efecto, es posible que el autor no haya experimentado una ganancia que sea el equivalente a la pérdida ocasionada en el patrimonio de la víctima, y pese a ello seguir habiendo estafa, lo que desmiente el principio del saldo, al menos en el significado decisivo que quiere otorgarle la doctrina dominante, frente a la que DENCKER reivindica el primado del desplazamiento del objeto del patrimonio de la víctima: El comisionistas no ha dejado de actuar con intención de enriquecimiento por más que el cliente defraudado pueda ejercer acciones contra el mandante del comisionistas por la inutilidad para sus intereses del objeto vendido (concepto individual de patrimonio)²⁸. El estafador puede engañar al cliente en un negocio de manera que lo que aparece en una de sus empresas, precisamente la que interactuó con la víctima, como pérdida, aparezca en otra de ellas como ganancia. Etc. En ninguno de ambos casos tiene sentido negar la estafa, negar el enriquecimiento. Lo que corrobora que lo decisivo a efectos de la estafa no es el balance, el saldo, sino el desplazamiento del objeto patrimonial de la víctima al patrimonio del autor.

5. El ánimo de enriquecimiento

De la exigencia de que el objetivo último del ánimo de enriquecimiento consista en el desplazamiento del objeto patrimonial, se desprende, tras lo expuesto hasta aquí, que el mismo *ánimo de apoderamiento como hecho psíquico* ha de consistir en la *persecución* de la ventaja en que consiste²⁹. De ahí que no quepa hablar de ánimo de enriquecimiento si no fue ese el fin directo ni indirecto perseguido, no constituyendo motivo del actuar: El funcionario que finge viajar en avión (haciéndose pagar su importe por la administración a la que sirve) no estafa si su fin fue

²⁵ DENCKER, *FS-Grünwald*, 1999, pp. 85 s.

²⁶ DENCKER, *FS-Grünwald*, 1999, p. 86.

²⁷ DENCKER, *FS-Grünwald*, 1999, pp. 86 ss.

²⁸ DENCKER, *FS-Grünwald*, 1999, p. 87.

²⁹ DENCKER, *FS-Grünwald*, 1999, pp. 88 ss.

poder acudir a una reunión a la que la administración tenía prohibido desplazarse en coche propio³⁰.

Allí donde no se actuó con el propósito de disponer como propio de objeto patrimonial perteneciente a la víctima, no hay estafa por más que el patrimonio del autor haya aumentado a costa del de la víctima conforme al principio el saldo.

De ahí la tesis de DENCKER: “Se trata sólo de querer aquel objeto que disminuirá el patrimonio de la víctima, no de un «saldo positivo» entre una eventual prestación recíproca y el objeto de la disminución patrimonial de la víctima”³¹. Quien no pagó el ticket del metro para no llegar tarde a la ópera no actuó con ánimo de lucro en lo que se refiere al billete que no pagó.

“La función motivacional que constituye el ánimo de enriquecimiento, de obtener o conservar el objeto, sólo se fundamenta si el enriquecimiento será utilizado de una forma que se corresponde con aquella para la que ha sido protegido el patrimonio y por la que — típicamente, por parte del autor — es ambicionado”³².

6. Otras consecuencias dogmáticas: Naturaleza de la intencionalidad. Comisión por omisión

De su tesis sobre el elemento subjetivo de la estafa extrae todavía DENCKER consecuencias dogmáticas para la estafa en lo concerniente a la *naturaleza de la intencionalidad* a efectos de *extensibilidad al partícipe* del elemento y punibilidad, y en lo concerniente al tan debatido tema de la posibilidad o no de comisión de la estafa por *omisión*³³.

6.1 Naturaleza de la intencionalidad y extensibilidad al partícipe

Por lo que se refiere a la *naturaleza dogmática* de la intencionalidad, sostiene DENCKER que este elemento del tipo subjetivo de estafa tiene una doble naturaleza.

a) En cuanto elemento de *unión* de los elementos objetivos del tipo que han sido abarcados por el autor desde el comienzo de su actuación, la intencionalidad constituye un *elemento subjetivo del injusto especial* específico y superpuesto a la representación de cada elemento objetivo enlazado que se estime suficiente para dar por constatado ese elemento del tipo; cuestión esta a la que al principio hemos aludido. Se trata pues del elemento subjetivo del injusto que completa al dolo en la terminología de la dogmática penal española. Conciérne, en suma, al comportamiento. DENCKER habla de “*Verhaltenssteuerung*” (*dirección del comportamiento*).

b) Y en cuanto la intencionalidad es también *motivo* del actuar del autor que le impulsa a realizar lo que realizará después, posee un aspecto que la convierte en *elemento personal del injusto* o de la *culpabilidad*, por concernir a la actitud adoptada por el autor ante el patrimonio ajeno y su

³⁰ DENCKER, FS-Grünwald, 1999, p. 88.

³¹ DENCKER, FS-Grünwald, 1999, p. 89.

³² DENCKER, FS-Grünwald, 1999, pp. 90 s.

³³ DENCKER, FS-Grünwald, 1999, pp. 91 s.

disponibilidad. Lo que hace de la intencionalidad elemento del injusto personal o de la culpabilidad, esto es, elemento que no caracteriza sólo o tanto el comportamiento del autor como su persona o su culpabilidad, con las consecuencias pertinentes en dogmática, según la cual los elementos personales y de la culpabilidad *sólo alcanzan al autor o partícipe en que concurran*, no bastando el mero conocimiento de su concurrencia en el autor. En este sentido, habla DENCKER de “*Verhaltensantrieb*” (*motivo del comportamiento*), no queriendo profundizar en las consecuencias a extraer de aquí³⁴.

6.2 Estafa y omisión

De la exigencia de intencionalidad en la estafa y de su componente motivacional, extrae DENCKER un argumento para reforzar la tesis sostenida en su día por su maestro Gerald GRÜNWALD³⁵, según la cual mientras que Armin KAUFMANN se equivocaba al sostener que todo el dolo es incompatible con la omisión³⁶, por ir referido aquél a algo, una acción, que se está realizando, acertaba en lo referente a la modalidad específica de la *intencionalidad*, que efectivamente sí es *incompatible con la omisión*.

DENCKER insiste en que la intencionalidad como motivo puede favorecer su ubicación en la omisión. Pero eso confirma lo que ya intentó GRÜNWALD y hubo de descartar³⁷: Encontrar una causalidad para la omisión (desde luego no la de la equivalencia de las condiciones). El sujeto se representó que si actuaba habría evitado el desplazamiento patrimonial. Primero decidió actuar, y después se convenció de no hacerlo. Argumento de GRÜNWALD contra su propio intento de fundamentación³⁸: De calificar los hechos de estafa por omisión, se estaría colocando en peor posición a quien primero decidió actuar y luego lo descartó, que a quien nunca pensó actuar.

7. La intencionalidad en la estafa

DENCKER ha tenido el acierto de reivindicar la exigencia de intencionalidad en el delito de estafa. Lo que le ha llevado a no conformarse con el dolo eventual ni con el dolo directo respecto a algunos elementos de la estafa, inclusión hecha de la relación que ha de haber entre ellos, además de la causalidad objetiva, desde la representación subjetiva del autor³⁹.

Más allá de la conexión intencional en alguna medida que ha de haber entre los elementos objetivos de la estafa en la psique del autor, la exigencia de intencionalidad en el tipo de estafa le

³⁴ SAMSON, que durante mucho tiempo lo consideró elemento de la culpabilidad, ha terminado por considerarlo elemento del tipo sin más, poniendo pues el acento en el comportamiento y no en la persona o culpabilidad del autor; no planteando dificultad a la hora de hacerlo extensible al partícipe en quien personalmente no concurre. Vid. SAMSON/GÜNTHER, «§ 263», SK, B. 2, 5ª ed., 1996, nm.194.

³⁵ GRÜNWALD, «Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts», en *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*. FS-Hellmuth Mayer, 1966, pp. 281 ss.

³⁶ KAUFMANN, «Unterlassung und Vorsatz», en *FS-Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, 1963, pp. 207 ss., p. 219 (= *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, ed. Gerhard DORNSEIFER y otros, 1982, pp. 107 ss., p. 118 s.). Más ampliamente, EL MISMO, *Dogmática de los delitos de omisión* (trad. CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2006, pp. 84 ss.

³⁷ GRÜNWALD, FS-H. Mayer, 1966, p. 289.

³⁸ GRÜNWALD, FS-H. Mayer, 1966, p. 290.

³⁹ Vid. supra 2.

ha permitido a DENCKER establecer una relación específica entre la pérdida patrimonial de la víctima y el enriquecimiento del autor, la *equivalencia*, que él interpreta muy certeramente como intencionalidad de apoderamiento de elemento del patrimonio de la víctima. Lo que le autoriza a entender de una manera muy concreta el enriquecimiento del autor y la pérdida patrimonial de la víctima (*la estafa como delito de desplazamiento patrimonial*), relativizándose el valor del principio del saldo⁴⁰.

Del aspecto motivacional que también posee la intencionalidad en derecho penal más allá de su aspecto genuino como dirección del comportamiento ("*Verhaltensantrieb*" versus "*Verhaltenssteuerung*"), incluso ha extraído DENCKER la explicación acerca de por qué el apoderamiento patrimonial sin ánimo de lucro no constituye estafa y por qué la estafa no es susceptible de comisión por omisión⁴¹.

Lo que sin embargo falta en el pensamiento de DENCKER, es una noción de intencionalidad que permita insertar todas esas consecuencias que él ha sabido extraer de la aplicación consecuente del principio intencional. ¿Qué significa "intencionalidad" en derecho penal? ¿Por qué la utiliza en algunos tipos delictivos y con qué fin? Todas estas son preguntas que lógicamente desbordan los límites de un delito como la estafa en el que está muy presente. Hemos de ocuparnos pues de su significado en general en derecho penal y en particular en la estafa siquiera sea aludiendo sólo a lo principal.

8. La intencionalidad en la teoría del delito

El derecho penal es derecho protector de bienes jurídicos. De ahí que prohíba la creación de estados que supongan su lesión o puesta en peligro con base en la experiencia sobre la causalidad. Todos los supuestos de responsabilidad penal, incluidos los delitos de peligro abstracto y la tentativa, se basan en la causalidad (recortada con criterios normativos de imputación objetiva). Con independencia de la misma discusión en torno al concepto de causalidad (causalidad legaliforme versus probabilística: física cuántica)⁴².

Pero el derecho penal es también, y por el mismo motivo (protección de bienes jurídicos), derecho protector de bienes jurídicos lesionados a través de la acción que bajo el dominio de su autor causa o puede causar el resultado que se quiere evitar por lesivo o peligroso para el bien jurídico. De ahí que la acción, el comportamiento, sea también elemento esencial de la imputación penal. Se puede incluso afirmar que ambos elementos son inescindibles⁴³.

La explicación sobre la necesidad de establecer una relación entre causalidad y comportamiento que causa en el derecho penal protector de los bienes jurídicos es muy sencilla: Existe la experiencia según la cual las razones por las cuales se actúa son causa de la acción y así la

⁴⁰ Vid. supra 3. y 4.

⁴¹ Vid. supra 5. y 6.

⁴² Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, «Causalidad, imputación y ciencia», *Cuadernos de Política criminal*, 2ª época, 102-III, 2010, pp. 5 ss. [= *Imputación, causalidad y ciencia – I*, dir. DONNNA, monográfico, *Revista de Derecho penal* (Argentina), 2010-I, pp. 73 ss.].

⁴³ Por la misma razón que son inescindibles, salvo a efectos analíticos y didácticos, el elemento objetivo y el elemento subjetivo del tipo.

explican. El sobrino que mató a su tío para heredarle, puso en marcha el proceso causal del disparo (basado en su conocimiento de la causalidad: muerte por disparo de arma de fuego). La muerte de la víctima, que ciertamente es lo importante en el derecho penal protector de los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia, se explica por la decisión de matar tomada por el motivo por el que se tomó. A esto lo podemos llamar intencionalidad⁴⁴.

Es cierto que la intencionalidad sólo es especialmente relevante en algunos tipos delictivos, como este que estamos estudiando de la estafa; pero eso no impide decir, al contrario, viene exigido implícitamente por todos los tipos delictivos, que la acción penalmente relevante ha de ser intencional en cierto sentido⁴⁵. Lo que ocurre es que salvo los delitos con elementos subjetivos especiales, la intencionalidad perseguida es (penalmente) irrelevante.

El automovilista que adelanta de forma muy apurada ocasionando un accidente mortal, ha actuado con la intención de adelantar, pero no se le castiga por imprudencia por haber actuado con la intención de adelantar, sino por la circunstancia presente y percibida por él de que otro automóvil se encontraba avanzando por el carril contrario. Ahora bien, sólo esa acción intencional de adelantar permite actualizar en la mente del automovilista la peligrosidad de la acción que emprende y puede causar la colisión mortal, que es por lo que está prohibida.

Los mafiosos que en un ajuste de cuentas proporcionan una paliza brutal al miembro de otra banda para que pague lo que debe en lo sucesivo, no actúan con la intención de matar, pero sin la intención de proporcionar esos golpes no habrían podido actualizar el peligro elevadísimo de causar la muerte de la víctima que puede fundamentar una imputación a título de dolo eventual de homicidio.

Quien ha disparado a la víctima que duerme a muy escasa distancia, apuntando a la sien, ha actuado con intención de matar, pero esa intencionalidad no agrava la pena del homicidio doloso cometido (salvo que constituya alevosía).

Tipos delictivos como el homicidio, muestran muy claramente por qué el derecho penal no puede acotar la responsabilidad a la lesión intencional del bien jurídico, ya que si así fuese la protección penal del bien jurídico sería raquítica⁴⁶. La mayor parte de los homicidios dolosos no son homicidios intencionales (tabú de la muerte). Sin que, por otra parte, baste con el homicidio imprudente, habida cuenta de que hay muchas muertes no intencionalmente causadas que han venido precedidas de peligros tan graves para la vida (y que el autor se representó) como para justificar la imputación penal más grave que es la dolosa. El papel tan significativo en derecho penal en general y en los delitos contra la vida y la integridad en particular que juega la figura del dolo eventual da buena cuenta de ello⁴⁷.

⁴⁴ Vid. al respecto Donald DAVIDSON, «Acciones, razones y causas», en *Ensayos sobre acciones y sucesos* (trad. HANSBERG y otros), 1995, pp. 17 ss., 35 s.

⁴⁵ CUELLO CONTRERAS, «Fundamentos para un sistema lógico-funcional de Derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología* (en línea), 2006, nº 08-01, <http://crimimet-ugr.es/recepc/08/recpc08-01.pdf>

⁴⁶ CUELLO CONTRERAS, RECPC, 08-01, p. 38.

⁴⁷ CUELLO CONTRERAS, «Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto» *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª época, nº 2, 2009, pp. 37 ss. y p. 46.

Con las anteriores premisas puede hallársele a los tipos penales que el legislador ha acotado utilizando la intencionalidad, como la estafa que estudiamos, una explicación que lejos de configurarla como un cuerpo extraño y añadido al tipo objetivo, de naturaleza etérea por lo demás, se basa más bien en la dinámica normal de todo acto con relevancia penal.

Los tipos con un elemento de intencionalidad acotan la responsabilidad penal a aquellos actos que han sido dirigidos a causar el resultado lesivo del bien jurídico, con exclusión de los demás. De ahí la imposibilidad de construir, ni siquiera a efectos analíticos, un tipo objetivo al que se superponga el tipo subjetivo; ejerciendo, antes bien, el elemento subjetivo, en su sentido más estricto, el papel rector, referido claro está a algo que se hace con esa intencionalidad, que constituirá el tipo objetivo.

Mientras que el homicidio permite y obliga a situarse en la perspectiva *ex post* y preguntar si el resultado fue previsible en el momento de actuar, y previsible es sólo el comportamiento doloso y el imprudente, la estafa obliga a colocarse en la perspectiva *ex ante* y preguntar si el resultado, beneficio propio mediante el desplazamiento patrimonial a través del engaño, fue perseguido desde el momento que se engaña (afirmación que puede ser falsa) a aquel fin, quedando excluido del ámbito de lo punible lo que no fue objeto de esa intención desde el principio.

El de intencionalidad, por lo demás, no es un concepto subjetivo, que nos remita a los abismos insondables del interior del alma que sean inasequibles a los demás. Es más bien un concepto intersubjetivo que nos remite a lo que todos los habitantes del mismo mundo han aprendido de ese mundo y aprehendido a través de la perspectiva de la segunda persona⁴⁸. Lo que nos permite entender el comportamiento de los demás conforme a las razones que dan; que, a su vez, resultan inteligibles (y creíbles o no) porque unos y otros nos hemos desarrollado en un espacio común compartiendo el mismo lenguaje.

La intencionalidad, por tanto, no es una forma inadecuada de formular los tipos penales. Prueba de ello es que sin abundar tanto como la previsibilidad en derecho penal, sí aparece en tipos penales emblemáticos, como la prevaricación⁴⁹, o este de la estafa, precisamente para acotar la responsabilidad penal a los supuestos más claros de presencia desde el principio del actuar del resultado como fin perseguido por el autor, con exclusión de cualquier otra forma de previsión de ese resultado (¡inclusión hecha del dolo directo!).

No deja de ser elocuente que, como veremos después⁵⁰, la soberbia construcción de Adolf MERKEL, en la segunda mitad del siglo XIX, sobre la estafa y su delimitación del mero ilícito civil, recayera sobre la "*Gewinnsucht*", el ánimo de lucro, que él trató de objetivar poniendo el acento en la gravedad (objetiva) que supone la muy concreta forma de obtención del enriquecimiento que convierte al mero ilícito civil en delito. Pero antes tenemos que volver al significado en la estafa del concepto de intencionalidad de la teoría del delito que aquí hemos esbozado.

⁴⁸ Vid. al respecto, DAVIDSON, «La segunda persona», en *Subjetivismo, intersubjetivismo, objetivismo* (trad. Olga FERNÁNDEZ PRAT), 2003, p. 175.

⁴⁹ CUELLO CONTRERAS, «Jurisprudencia y prevaricación», *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, año XIV, nº 3219, 1993, pp. 1 ss., p. 8.

⁵⁰ Vid. *infra* 10.

9. De vueltas a la intencionalidad en la estafa

Con un concepto más depurado de intencionalidad es fácil encontrar un hilo conductor a cuestiones de la estafa que están más conectadas de lo que hasta ahora se ha considerado.

Así, la afirmación categórica de la doctrina según la cual respecto a los elementos del tipo objetivo de estafa basta el dolo eventual pero tiene que sumarse como elemento subjetivo específico el ánimo de enriquecimiento, se ve desvirtuada precisamente por la incompatibilidad entre el dolo eventual y la intencionalidad respecto a algunos elementos esenciales de la estafa⁵¹.

Compatible con el dolo eventual pueden serlo el elemento engaño o el elemento error, que el autor dude o ni siquiera se plantee la propiedad por la que la víctima va a comprar la cosa o que se crea o no la víctima que efectivamente la posee⁵². Como irrelevante es que la víctima haya recibido una contraprestación que en términos de saldo determine un equilibrio de su patrimonio⁵³.

Ahora sabemos por qué y en qué aspecto es incompatible la intencionalidad con el dolo eventual en la estafa. Porque la estafa como ilícito penal pivota sobre la "*Gewinnsucht*", el ánimo de enriquecimiento materializado sobre bien patrimonial ajeno que es objeto de desplazamiento al patrimonio de quien con esa intención realiza una afirmación que puede ser falsa, induzca a error o resulte compensada o no con bien equivalente; habida cuenta de que lo importante es el fin último, o apoderamiento de bien patrimonial ajeno mediante la maniobra anterior⁵⁴. Ese elemento definidor de la estafa, por lo demás, no es de naturaleza objetiva como pretendía MERKEL sino subjetiva, como veremos en seguida⁵⁵, en el sentido de meta objetiva perseguida.

Lo que, a su vez, es incompatible con el dolo directo; la intencionalidad es algo más y distinto. Mientras que el dolo directo es conocimiento de lo que sucederá si se hace algo, la intencionalidad es aquello por lo que se emprende algo. Con consecuencias que se explican y conectan entre sí dentro de la dogmática de la estafa.

La exclusión de la estafa allí donde el engaño no perseguía el fin último de enriquecerse el autor (o enriquecer a tercero) con la obtención de elemento patrimonial ajeno sino cualquier otro fin distinto al genuino de la cosa desplazada en su aspecto patrimonial⁵⁶, se fundamenta en que el autor no actuó guiado por ese motivo sino por el otro mencionado (llegar pronto a la ópera) respecto al cual es imposible actuar sin que conlleve el desplazamiento patrimonial no perseguido sino concomitante. Desde el punto de vista probatorio, incluso, es más difícil llegar a la conclusión por parte del juez, de que el autor se representó como seguro el perjuicio (¿cómo se

⁵¹ Vid. supra 2. y 5.

⁵² Vid. supra 2. b.

⁵³ Vid. supra 4. y 5.

⁵⁴ Vid. supra 3.

⁵⁵ Vid. infra 10.

⁵⁶ Vid. supra 5.

distingue lo seguro de lo muy probable?)⁵⁷ que concluir la intencionalidad sobre la base de elementales consideraciones psicológicas.

Aunque analíticamente se puedan separar “*Verhaltensantrieb*” y “*Verhaltenssteuerung*”⁵⁸, constituyen una unidad, habida cuenta de que la intención de apoderamiento de elemento patrimonial ajeno en la estafa es el impulso que lleva a iniciar la acción de engañar hasta la disponibilidad pero también motivo que acompaña y sostiene a todas esas fases. Cabe decir aquí lo que cabe decir del dolo en general —una prueba más de que no nos encontramos ante la intencionalidad con un elemento tan extraño como parece dentro de la teoría del delito—, que el dolo es decisión de actuar y representación subjetiva que acompaña a los diferentes actos que desarrollan la decisión inicial hasta el final⁵⁹.

La intencionalidad, en fin, explica muy bien la incompatibilidad entre estafa y omisión⁶⁰, habida cuenta de que la situación que desencadenará el desplazamiento patrimonial tiene que ser creada *ab initio* por el autor, no bastando con el aprovechamiento de situación creada fortuitamente, sin intervención de quien se aprovechará. Inherente al fundamento de punición de la estafa es la forma como ha surgido la situación que desembocará en el desplazamiento patrimonial, y no sólo el mismo desplazamiento injusto. La estafa es una “maquinación” y maquinar no puede hacerse por omisión. La estafa no soporta la cláusula de equivalencia del art. 11 CP. Y ello debido a la estructura peculiar de la omisión respecto a la acción, como muestra la dificultad de concebir conductas de participación en una omisión⁶¹. Intencional sólo puede serlo una acción.

De manera general, sirviendo de síntesis de cuanto decimos sobre el significado decisivo de la intencionalidad en la configuración del injusto penal de estafa, puede afirmarse que los elementos del tipo objetivo de estafa constituyen algo amorfo (desde el punto de vista penal) que no puede leerse como un comportamiento social especialmente censurable incluso aunque el autor sea consciente (dolo) de todo lo que está haciendo. La mayor parte de los negocios presentan esa estructura⁶². De ahí la función de enlace que cumple la intencionalidad a la hora de elevar lo que todo lo más constituiría un ilícito civil a ilícito penal.

Tampoco esta función de la intencionalidad en la estafa es tan ajena a la teoría del delito como pudiera parecer. También, en general, el dolo, elemento subjetivo de todo delito, cumple esa función de dar vida al tipo objetivo. Sin el elemento subjetivo no hay delito. Es la representación

⁵⁷ Como JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 1995, pp. 321 s., sostiene en contra de RENGIER: No cabe distinguir entre consecuencia segura y probable. Vid. ya DENCKER, *FS-Grünwald*, 1999, p.78.

⁵⁸ Vid. supra 4.1).

⁵⁹ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español, Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., 2002, pp. 646 s.

⁶⁰ Vid. supra 4.2.

⁶¹ Vid. al respecto, CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español, Parte general, volumen II, Teoría del delito* (2), 2009, pp. 514 ss.; vid. también, CUELLO CONTRERAS, «Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito», en *InDret (penal). Revista para el análisis del Derecho*, 1/2011, pp. 1 ss., pp. 19 ss.; ya antes, CUELLO CONTRERAS, «¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso?», en *Cuadernos de Política criminal*, núm. 106, época II, 2012, pp. 97 ss., pp. 110 ss.

⁶² Particularmente elocuente, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., 2015, pp. 377 s.: “El autor (o autores) de la estafa lo único que pretende es enriquecerse, el perjuicio que con ello pueda irrogar a otros le trae completamente sin cuidado, raramente lo pretende de un modo directo y, a veces, le es penoso causarlo”. “No es, pues, el lucro como tal, sino la forma fraudulenta de conseguirlo lo que caracteriza al delito de estafa”.

y voluntad de la muerte lo que hace penalmente relevante el homicidio, que estemos ante un homicidio. Desde la imprudencia inconsciente hasta el dolo directo o intencionalidad, abarca el principal criterio de determinación de la mayor o menor gravedad del injusto llevado a cabo en el ámbito del derecho penal⁶³. Lo que significa que el elemento subjetivo del delito ofrece unas posibilidades de modulación en derecho penal que el tipo objetivo, y su principal referencia desde hace años, de la imputación objetiva no permite. De ahí que no se pueda prescindir del elemento subjetivo, como algunos autores tímidamente sugieren. La intencionalidad como forma más directa de presencia del dolo, y por lo tanto como una forma más de comisión de cualquier delito, es lo que caracteriza a la estafa.

Y, de la misma manera que se puede graduar el injusto penal en función del tipo subjetivo, lo que se hace frecuentemente en derecho penal, restringiendo la punibilidad a la modalidad dolosa con exclusión de la culposa, y menos frecuentemente, pero también a veces, limitando la punibilidad a la forma más grave de dolo, dolo directo o intencionalidad, puede servir, y sirve sobre todo la intencionalidad en la estafa, para distinguir entre el ilícito penal y el ilícito civil.

Por eso, y para terminar nuestras consideraciones sobre la estafa, nada más oportuno que volver al pensamiento de MERKEL para reivindicar su concepción de la "*Gewinnsucht*" como criterio de distinción entre el ilícito civil y el ilícito penal, con la estafa como modelo, en un momento histórico como el actual en que vuelve a ser decisiva la distinción a efectos de equilibrio entre las diversas estrategias jurídicas, evitando que la infracción penal peque por defecto o por exceso⁶⁴. Y para reivindicar dogmáticamente la naturaleza subjetiva de la intencionalidad frente a la tendencia ilimitada a objetivar que se detecta en la ciencia penal.

10. La intencionalidad como criterio de distinción entre el ilícito civil y la estafa

En 1867 y 1872 procedió Adolf MERKEL⁶⁵ a un estudio concienzudo de la estafa en su configuración del CP prusiano, de 1851, que había sido el primero en proporcionar un concepto de estafa (¡y dura hasta hoy!), propiciando que la estafa adquiriera autonomía frente a las falsedades, de las que nunca con anterioridad se había sabido distinguir, más allá del esfuerzo de KLEINSCHROD, de separar las falsedades referentes a las más diversas obligaciones de manifestar la verdad y las referidas al patrimonio, que sería la estafa. Puesto que un deber de veracidad difícilmente puede ser algo exigible indiscriminadamente, sostenía KLEINSCHROD una concepción muy restringida de la estafa punible, que habría de lesionar algo más que el patrimonio de la víctima, contra cuya lesión bastará la responsabilidad civil⁶⁶.

Las monografías de MERKEL están encaminadas a restringir la estafa punible al máximo, previamente establecer la relación entre ilícito civil e ilícito penal de la que tanto depende una

⁶³ CUELLO CONTRERAS, RDPC, 2006, p. 14.

⁶⁴ Ni la impunidad de la delincuencia económica reinante hasta hace poco años ni el riesgo de que cualquier empresario se vea envuelto en un proceso penal por una gestión defectuosa de su negocio, son buenos modelos de política criminal en este sector tan sensible.

⁶⁵ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, I. *Zur Lehre von der Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*, II. *Die Lehre vom strafbaren Betrüge*, 1867; «Betrug und Untreue», en HOLTZENDORF (ed.), *Handbuch des deutschen Strafrechts*, vol. III, 1872, pp. 750 ss.

⁶⁶ Vid. al respecto NAUCKE, *Zur Lehre vom strafbaren Betrug*, 1964, pp. 64 s.

delimitación satisfactoria de la estafa punible, al objeto de no tener que castigar como tal cualquier incumplimiento contractual⁶⁷.

MERKEL sitúa la relevancia penal de la estafa en un contexto que antes de nada se ocupa del ilícito, penal y civil, al que configura como comportamiento culpable, en su terminología, para distinguirlos del comportamiento fortuito, carente de relevancia jurídica, sea civil sea penal. Ilícito es sólo lo que el hombre puede evitar. Sólo de ahí puede surgir la responsabilidad. En este esencial aspecto, no hay diferencia entre el ilícito penal y el ilícito civil. Ambos ha de atajarlos el Estado. En la forma de prevenirlos es donde puede situarse la distinción; mejor dicho, lo que de específico puede tener el ilícito penal frente al civil⁶⁸.

Puesto que el ilícito daña, el daño ha de ser reparado. Cuando sólo se ha dañado a la persona que ha sido perjudicada en sus bienes o derechos, basta con la responsabilidad civil. La responsabilidad penal, en cambio, se reserva para aquellos casos en los que además del daño a la persona afectada se ha producido un daño a la sociedad en forma ideal. Entonces no bastará con la reparación civil y se hará necesaria, además, la responsabilidad penal, la pena. Cuando no es necesaria la responsabilidad penal, basta con la responsabilidad civil⁶⁹.

Es lo que ocurre con la estafa. No cualquier engaño contractual constituye estafa. Para que el acto que genera responsabilidad civil genere también responsabilidad penal, hace falta que el engaño sea uno particularmente grave, que por su gravedad no dañe solo al directamente afectado en su patrimonio sino que dañe también a la comunidad⁷⁰. La gravedad de la estafa punible estriba precisamente, al parecer de MERKEL, en el especial ánimo de apoderamiento de elemento patrimonial ajeno mediante engaño dirigido directamente a eso⁷¹.

Para MERKEL, la "*Gewinnsucht*", en cuanto conectada a y basadas en el desplazamiento patrimonial mediante engaño, representa la gravedad de la estafa punible, una gravedad de carácter objetivo que permite aclarar también objetivamente su distinción con otros engaños constitutivos de mero ilícito civil.

Ocurre, sin embargo, que esa "*Gewinnsucht*" caracterizadoras de la estafa según MERKEL, no forma parte del tipo objetivo sino del tipo subjetivo de la estafa.

En efecto: La causalidad puesta en marcha por el autor en la tentativa forma parte del tipo objetivo (y pertenece a la realidad externa) en los delitos de resultado. Pero la representación de la causalidad puesta en marcha por el autor en la tentativa forma parte del tipo subjetivo (y pertenece a la realidad psíquica interna del autor)⁷². De la misma manera, la obtención de la ventaja a través del engaño forma parte del tipo objetivo de estafa; pero la representación e

⁶⁷ NAUCKE, *Zur Lehre vom strafbaren Betrug*, 1964, pp. 92 ss.

⁶⁸ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen I*, 1867, pp. 1 ss.

⁶⁹ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen I*, 1867, pp. 32 ss.

⁷⁰ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen I*, 1867, pp. 57 ss.

⁷¹ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen II*, 1867, pp. 90 ss.

⁷² Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, «Objetividad, subjetividad e intersubjetividad en el pensamiento de Mir Puig sobre el fundamento de la tentativa», en SILVA SÁNCHEZ y otros (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, 2017, pp. 471 ss., pp. 476, 477.

intención de poner en marcha un engaño para obtener la ventaja patrimonial forma parte del tipo subjetivo de la estafa.

Y, con mejor criterio todavía, ambas consideraciones (qué pertenece al tipo objetivo y qué al tipo subjetivo) muestran la inescindibilidad del elemento objetivo y subjetivo (salvo a efectos analíticos) en derecho penal⁷³.

11. La extensibilidad de la intencionalidad como criterio de distinción entre el ilícito penal y el ilícito civil a otros delitos

Como paso previo a comprobar si la distinción estafa/ilícito civil sobre la base de la intencionalidad que hemos desarrollado hasta ahora es extrapolable a otros delitos patrimoniales y socioeconómicos⁷⁴, conviene detenerse aunque sea brevemente en lo que de común y de específico tienen el ilícito civil y el ilícito penal en el conjunto del ordenamiento jurídico, repasando aportaciones de grandes juristas del siglo XIX y XX que se interesaron por el tema y pueden ayudarnos a diferenciar equitativamente qué problemas deben resolverse en uno y otro sector del ordenamiento, impidiendo un crecimiento mastodóntico del derecho penal.

La conclusión a la que llegaremos es una perfecta introducción al grupo de delitos al que queremos aplicar los mismos criterios de distinción ilícito civil/ilícito penal que hemos establecido anteriormente para la estafa, concretamente el amplio e importante capítulo del derecho penal patrimonial, de las *insolvencias*.

12. Ilícito penal e ilícito civil como comportamiento

Armin KAUFMANN⁷⁵ establecía muy bien la distinción entre responsabilidad, civil o penal, distintas, ambas, e injusto (civil o penal), respecto al cual, criticando a Franz WIEACKER, que sostenía que también eran distintos (el civil y el penal), sostenía (KAUFMANN) que ambos tienen los mismos presupuestos^{76/77}, siendo por esa vía por la que se asegura la unidad del ordenamiento jurídico (que impide que sea injusto en un sector del ordenamiento lo que en otro sector es conforme a derecho)⁷⁸.

Ambos injustos, civil y penal, regulan el comportamiento (aunque el penal además imponga pena y el civil indemnización)⁷⁹. El ilícito civil puede exigir culpabilidad (civil), dolo e imprudencia, pero no necesariamente. La responsabilidad por los peligros desencadenados no

⁷³ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, «Falsas antinomias en la teoría del delito», *Anuario de Derecho penal*, XLIV-III, 1991, pp. 791 ss., pp. 794, 820.

⁷⁴ Como ya anunciamos nos íbamos a proponer en este ensayo (vid. supra I).

⁷⁵ KAUFMANN, «Die Rechtswidrigkeit im Zivil- und Strafrecht», en EL MISMO, *Strafrechtsdogmatik*, pp. 35 ss.

⁷⁶ KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, 1957, p. 38.

⁷⁷ Aunque si cabe una distinción cuantitativa, de mayor o menor gravedad, dentro del ilícito civil, y de éste frente al penal: El hurto es ilícito civil y algo más (ánimo de lucro). Peligro concreto, peligro abstracto y meras contravenciones de normas protectoras de bienes jurídicos, es otra forma de graduación cuantitativa del injusto. Etc.

⁷⁸ KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, 1957, p. 36.

⁷⁹ Distinción de consecuencias con mayor trascendencia sobre el presupuesto de una y otra superior a lo que aparentemente parece, como veremos después (infra 9 ss.).

exige culpabilidad en el derecho civil.⁸⁰ Pero prohibida en derecho civil sólo puede serlo la acción final dominada por el hombre; igual que en derecho penal⁸¹, que sí exige además siempre culpabilidad, no existiendo responsabilidad sólo por el resultado. Por eso, puso de relieve KAUFMANN la importancia de una decisión del Tribunal Supremo Federal de Alemania en materia civil, que estableció por primera vez que la responsabilidad civil por accidente de tráfico la descartaba la conducción conforme a la reglas de tráfico⁸². Lo que era trasladable al derecho penal de entonces para rectificar la concepción otrora imperante y comenzada a trastocar por el *finalismo* según la cual el injusto penal de la imprudencia lo constituía la mera causación del resultado. Siendo este para KAUFMANN un buen ejemplo de cómo innovaciones dogmáticas de un sector del ordenamiento (en este caso el civil) pueden ser fructíferas para otros (en este caso el penal). Como a la inversa, podía ser fructífera la traslación de la *doctrina final de la acción* del derecho penal al derecho civil⁸³.

El escalonamiento (*Abstaffelung*)⁸⁴ del ilícito de que habla Armin KAUFMANN se traduce pues en que: 1) ambos ilícitos, ilícito penal e ilícito civil, lo constituyen una acción (u omisión) dominable por el hombre; 2) ambos ilícitos prohíben acciones nocivas para los bienes jurídicos; 3) mientras que el ilícito civil permite imputar cualquier resultado derivado de esa acción (corregido con criterios de imputación objetiva: ámbito de protección de la norma)⁸⁵, el ilícito penal requiere que el resultado imputado hubiese sido abarcado además por la culpabilidad del autor; 4) el ilícito penal es siempre más grave que el civil: el apoderamiento de cosa ajena es ilícito civil; cuando se le suma el ánimo de enriquecimiento, se convierte en ilícito penal (hurto)⁸⁶.

13. La cuestión acerca del injusto no culpable ("*schuldlose Unrecht*") o separación entre antijuricidad y culpabilidad

Para comprender mejor por qué el ilícito, tanto penal como civil, ha de estar constituido por una acción dominable por el hombre, la *acción final* de la doctrina del injusto personal, es muy esclarecedora la génesis por la que tuvo que transitar (y sigue transitando) el reconocimiento de un injusto no culpable ("*schuldlose Unrecht*") o separación entre antijuricidad y culpabilidad. Para ello, nada más oportuno que seguir con el pensamiento de Adolf MERKEL.

Más allá de lo apuntado por MERKEL en *Kriminalistische Abhandlungen*, I y II, donde concebía el injusto, civil y penal, como culpabilidad⁸⁷, en *Lehrbuch des Strafrecht*⁸⁸ desarrolla su teoría del delito sobre la base del comportamiento culpable que, exigiendo una parte externa o efecto sobre los demás de la acción del culpable, y una parte interna o psicológica, que le habría permitido al

⁸⁰ KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, 1957, p. 37.

⁸¹ KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, 1957, p. 41.

⁸² KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, 1957, pp. 35, 42 ss.

⁸³ KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, 1957, pp. 44 s.

⁸⁴ KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, 1957, p. 38.

⁸⁵ Otro gran capítulo de la dogmática jurídica alemana que a partir de esa fecha experimentó un desarrollo inusitado de ida y vuelta entre los sectores más diversos del derecho, principalmente, el civil y el penal, pero también el de la responsabilidad de la Administración por el mal funcionamiento de los servicios públicos, derecho de seguros, etc.

⁸⁶ KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, 1957, p. 39.

⁸⁷ Vid. *supra* 9.

⁸⁸ MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 1889, pp. 17 ss., pp. 66 ss., 97 ss.

culpable evitar la entrada del acontecimiento externo que el derecho quiere evitar (voluntad contraria a deber), autoriza a imputarle tanto el acontecimiento externo (*juicio de causalidad*) como el mérito o demérito derivado del acontecimiento externo. La imputación de hechos que aparecen como reprochables y contrarios a deber, constituye el juicio de culpabilidad (*juicio distributivo*)⁸⁹.

Con MERKEL, pues, se inicia la fundamentación psicológica de la culpabilidad⁹⁰, que nadie quiso discutir en su tiempo⁹¹, y dio origen a la polémica sobre si existe en derecho penal un injusto no culpable, o separación entre la antijuricidad y la culpabilidad.

Esta polémica la resolvió el *finalismo* reconduciendo el dolo a la tipicidad y definiéndolo como representación y voluntad de la parte objetiva, nexo de causalidad, del delito, como en la imprudencia lo objetivó, como MERKEL, por referencia a las situaciones y condiciones a que ha de atenerse el comportamiento para que no choque con los intereses de otro⁹². En tanto que la culpabilidad, trasladado el dolo de ella ya a la tipicidad, la concibió WELZEL de la forma que consagró definitivamente la teoría normativa de la culpabilidad a través de la célebre decisión del Tribunal Supremo Federal, de 1952, como capacidad de evitación del hecho delictivo⁹³.

Es cierto que también con posterioridad se ha reflexionado y se sigue reflexionando sobre la dificultad de concebir un injusto no culpable desde la doctrina del injusto personal⁹⁴. Pero existe una forma de segregar y a la vez articular los dos juicios, de antijuricidad y culpabilidad: Como sostiene DORNSEIFER, para que sea posible el juicio de reprochabilidad, necesitamos un condicionante lógico. Ese condicionante lógico, a la vez referente de la culpabilidad, es el comportamiento: "El proceso de motivación para el comportamiento que se espera presupone la descripción del modelo de comportamiento que ha de seguirse en un acto concreto, si la dirección

⁸⁹ DORNSEIFER, Gerhard, en su monografía sobre el pensamiento jurídico de Adolf MERKEL (de donde procede el resumen que acabamos de hacer de su concepción sobre el delito) (*Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merckels. Ein Beitrag zum Realismus in der Jurisprudenz*, 1979, pp. 89 ss.), trae oportunamente a colación un fragmento de *Lehre von Verbrechen und Strafe* de MERKEL (*Die Lehre von Verbrechen und Strafe. Auf der Grundlage des "Lehrbuchs des deutschen Strafrecht" in Verbindung mit den übrigen Schriften des Verfassers, herausgegeben und mit einer Einleitung versehen von Liepmann Moritz*, 1912, p. 88) que sintetiza muy bien su pensamiento. "Los acontecimientos internos que subyacen al hecho del delito significan algo en derecho penal en la medida en que el carácter y la importancia de un efecto que altera la esfera social se ven influidos por ello, y a la inversa los acontecimientos externos sólo significan para nosotros algo en la medida en que en ellos tenemos que habérmolas con el efecto de factores psíquicos configurados de una manera determinada".

⁹⁰ Sobre la evolución de las concepciones de la culpabilidad, especialmente del paso de la concepción psicológica a la concepción normativa de la culpabilidad, vid. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español, Parte general, Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., 2002, pp. 912 ss.

⁹¹ A pesar de que ya en esos años, un poco después, hubo autores (FRANK, GOLSCHMIDT, FREUDENTHAL) para los que hay supuestos de exclusión de la culpabilidad no basados en la ausencia de una representación psicológica, sino en la anteposición consciente de bien jurídico de mayor valor frente al de menor valor en el estado de necesidad. Vid. CUELLO CONTRERAS, *PG*, 3ª ed., 2002, p. 913.

⁹² Y solo STRUENSEE ha sabido sintetizar tan bien después, reconociendo un tipo subjetivo en la imprudencia. Eberhard STRUENSEE, «El tipo subjetivo del delito imprudente» (trad. Joaquín CUELLO CONTRERAS), *Anuario de Derecho penal*, 1987, pp. 423 ss. Sobre el significado de este ensayo en la evolución del *finalismo*, vid. CUELLO CONTRERAS, *PG*, 3ª ed., 2002, pp. 377 ss.

⁹³ Vid. al respecto ampliamente CUELLO CONTRERAS, *PG*, 3ª ed., 2002, pp. 914 s., 1053 ss.

⁹⁴ LAMPE, *Das personale Unrecht*, 1967, p. 111; OTTO, «Personales Unrecht, Schuld und Strafe», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 87, 1975, pp. 539 ss., pp. 561 ss. Y en su periferia: MIR PUIG y su escuela (Santiago MIR PUIG, «Antijuricidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal», *Anuario de Derecho penal*, XLVII, 1994-I, pp. 5 ss., p. 23; Ujala JOSHI JUBERT, Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad, *ADP*, XLII-I, 1989, pp. 125 ss., p. 127; SILVA SÁNCHEZ, «La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos», *ADP*, 1986-III, pp. 905 ss., p. 922; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 411).

del comportamiento ha de producirse mediante orientación a la norma. De ahí que la orientación a la norma y mediante la norma exija necesariamente la designación de las expectativas que han de estabilizarse mediante comportamiento conforme”⁹⁵. *Ese presupuesto lógico de la culpabilidad, es el injusto personal!*

De todo lo cual ve DORNSEIFER una anticipación en pasajes de la obra de MERKEL, como en *Lehrbuch*, pp. 70 s.: “Culpabilidad «es el actuar o no actuar de una persona contra deber, que le es imputado conforme a valoraciones válidas. La culpabilidad no es, así, algo que sobreviene junto al comportamiento causal del culpable, sino el mismo comportamiento causal medido con los juicios valorativos vigentes y conforme a ellos imputado»”⁹⁶.

La culpabilidad puede definirse muy bien así más allá de la polémica reinante en la época de MERKEL sobre el determinismo y el indeterminismo, que él supo superar⁹⁷, como capacidad de evitación. Y evitable sólo es lo en alguna medida intencional, pues sólo a través de lo que el hombre hace conscientemente puede motivarse a seguir una norma⁹⁸. Pudiéndose ver aquí un contenido psicológico mínimo de la culpabilidad en la fase de la culpabilidad normativa⁹⁹; lo que también supo anticipar MERKEL.

En suma, existe un concepto común de injusto válido para el derecho civil y para el derecho penal. Ese concepto de injusto es separable de la culpabilidad, que desde los tiempos de MERKEL se ha normativizado en derecho penal. Donde reina con toda su majestad. Elementos procedentes del concepto psicológico de culpabilidad dominante en la época de MERKEL, *han pasado a formar parte del injusto*, p. ej. el dolo, tanto del civil como del penal, evidenciando el efecto de vasos comunicantes de las dogmática penal y civil (y otros sectores del ordenamiento jurídico). De ahí que dolo e imprudencia, en derecho civil y derecho penal, presenten hoy en día la característica común de ser las *únicas formas de entender el injusto como infracción de una norma de motivación*, con independencia de elementos adicionales (p. ej. la culpabilidad penal) y efectos derivados en cada una de estas ramas del derecho.

Pero que injusto sólo puede constituirlo el acto evitable es un axioma válido con carácter general en Derecho, presente en todas sus ramas. Buen ejemplo de lo cual lo constituye la distinción entre quiebra *culpable* y quiebra *fortuita*, recuperada recientemente en el Derecho español por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal a los efectos de calificación de la quiebra y sus consecuencias para el comerciante declarado insolvente mediante el procedimiento regulado por la Ley (p. ej. el drástico régimen de inhabilitación en el caso de la quiebra culpable) (art. 172 LC).

14. Ilícito civil e ilícito penal en la insolvencia

A la luz de las distintas formas de determinar la responsabilidad en los órdenes civil y penal sobre la base de que ambas responsabilidades tienen un presupuesto común constituido por el ilícito que no puede consistir en otra cosa que un comportamiento de determinadas

⁹⁵ DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merckels*, 1979, p. 103.

⁹⁶ DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merckels*, 1979, pp. 93 s.

⁹⁷ DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merckels*, 1979, pp. 94 ss.

⁹⁸ Vid. *supra* 8.

⁹⁹ Vid. CUELLO CONTRERAS, *PG*, 3ª ed., 2002, pp. 936 ss.

características, que son las que permiten la imputación de las distintas consecuencias, penales o civiles, se explican muy bien las regulaciones civil y penal de la insolvencia.

14.1. El ilícito de la insolvencia civil de la Ley Concursal

El art. 164 de la LC refleja claramente que la mera producción de la insolvencia del deudor no determina ninguno de los efectos previstos por las LC (más allá de la ordenación de los créditos insatisfechos de cara a que todos los acreedores obtengan su parte proporcional del remanente). Los efectos contemplados en la LC (art. 172)¹⁰⁰ requieren que el deudor declarado insolvente hubiera actuado con dolo o culpa grave, en cuyo caso el concurso se calificará como culpable. Cuando no sea así, el concurso se declarará fortuito, sin los drásticos efectos del art. 172¹⁰¹.

El dolo y la culpa grave (equiparados axiológicamente en la LC) utilizados por el Legislador para determinar los efectos del concurso calificado como culpable, no son directamente aplicables a la insolvencia. La insolvencia es un estado de hecho que existe o no existe, que se ha producido o es de inminente producción. Dolosa o culposa, y por tanto culpable, sólo puede serlo la acción que de forma consciente y voluntaria produce algún efecto que puede tener transcendencia en la situación de quien tiene que atender al vencimiento de sus deudas.

De ahí que el art. 164. 2, tipifique conductas, éstas sí constitutivas del ilícito de la insolvencia civil, caracterizadas todas ellas por ser el autor consciente de algo y quererlo, que son las menos adecuadas para calificar como correcta la actividad comercial que se desarrolle. Es cierto que también otras acciones no tipificadas expresamente en el art. 164. 2, pueden integrar el concepto de dolo o culpa grave a los efectos de concurso culpable, como ocurre en todos los casos de la regla/ejemplo como forma de tipificación. Pero todas habrán de presentar la misma estructura de las ejemplificadas en el 164. 2, constituyendo el injusto de insolvencia civil¹⁰².

Se trata, pues, de comportamientos relacionados con la solvencia del deudor (que pueden determinar la insolvencia u ocultar su producción) que la LC considera muy relevantes para la calificación del concurso cuando éste ha sobrevenido. Es cierto que el art. 164 LC exige que en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiese “mediado” dolo o culpa grave. Pero mediar aquí no debe entenderse en el sentido de causar¹⁰³, entre otras razones porque algunas conductas tipificadas como dolosas o culposas (como p. ej. los incumplimientos graves como el de la obligación de llevanza de contabilidad del n° 1 del 164. 2) no pueden causar directamente la insolvencia. Está claro pues que las conductas desaprobadas por la LC como concurso culpable lo que persiguen es asegurar la limpieza y pulcritud del proceso que puede desembocar en la insolvencia del acreedor para que quepa calificarlo de fortuito. No se desaprueba la insolvencia del deudor, sino comportamientos impropios del deudor que quiere mostrar buena fe ante sus

¹⁰⁰ Entre otros, la inhabilitación para administrar los bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años.

¹⁰¹ Vid. José Antonio GARCÍA-CRUCES, en: Ángel ROJO/Emilio BELTRÁN, *Comentarios a la Ley Concursal*, t. II, 2004, art. 163, p. 2520; CÁMARA ÁGUILA, M^a del Pilar, com. art. 163, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, t. II, 2004, p. 1751.

¹⁰² Lo mismo puede decirse de las omisiones tipificadas en el art. 165 LC.

¹⁰³ Muy ambigua la doctrina mercantilista: CÁMARA ÁGUILA, com. art. 164, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *CLC*, II, p. 1756 (presumir en la duda la causalidad equivale a peligro de causar); GARCÍA-CRUCES, art. 164, en ROJO/BELTRÁN, *CLC*, II, pp. 25, 26 (que el hecho que fundamenta la presunción la excluye si es intrascendente, p. ej., el alzamiento no se consumó, no impide estimar que el que no es intrascendente ha causado).

acreedores. Aunque, claro está, si no se ha producido la insolvencia y declarado el concurso, la conducta realizada no produce los efectos previstos en la LC.

14.2. El ilícito de la insolvencia punible en el CP

El CP (art. 259.1), por su parte, tipifica la insolvencia del deudor penalmente relevante de manera autónoma, no como hasta ahora, que lo hacía mediante remisión a la legislación mercantil¹⁰⁴, si bien alguna de las conductas tipificadas son muy semejantes a las contempladas en la LC (compárese p. ej. la conducta tipificada en art. 164.2. 1º LC con la tipificada en el art. 259. 1. 6ª CP, o la tipificada en el art. 164. 2. 6ª LC con la tipificada en el art. 259. 1. 4ª, etc.).

Y de la misma manera que la LC considera culpable cualquier acción u omisión que dolosa o imprudentemente hubiese mediado en la insolvencia o su agravación, el CP considera punible cualquier conducta “activa u omisiva que constituya infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor” u oculte su situación económica real (art. 259.1. 9ª); auténtica cláusula general de más que dudosa constitucionalidad.

A mayor abundamiento todavía introduce el CP otra nueva cláusula general de responsabilidad penal por imprudencia de las conductas tipificadas en el 259. 1, cuando no ha estado presente el dolo (art. 259. 3)

A semejanza de la regulación contenida en la LC, no es necesario que la conducta tipificada haya causado la insolvencia (a diferencia de lo que ocurría con la regulación anterior: *vid.* art. 260. 1 r. a. y 259. 2 r. n.)¹⁰⁵, bastando que se lleve a cabo en situación de insolvencia actual o inminente.

Luego, por tanto, con independencia de la gravedad de las conductas tipificadas como delito en el art. 259. 1, capaz alguna de causar la insolvencia, de lo que se trata con este delito y este capítulo VII bis del título XIII CP (*vid.* art. 260) es de prevenir estados previos o concomitantes a la situación de insolvencia que pueden generar un peligro grave de desencadenamiento de la insolvencia y/o, en su caso, de satisfacción de los créditos contraídos por los deudores. Se puede decir que el art. 259. 1, contiene un delito de peligro¹⁰⁶, no de resultado como el contenido en el art. 260. 1 r. a.

La manifestación más elocuente de que la insolvencia punible no es un delito de resultado en el que la insolvencia (y su declaración consecuente) haya de ser causada por la acción delictiva la proporciona el art. 259. 2.¹⁰⁷, que sería superfluo si efectivamente el de insolvencia punible fuese un delito de resultado. La función que el mencionado precepto cumple, es otra, a la que después aludiremos cuando estudiemos la ardua cuestión de la relación entre la insolvencia y el alzamiento de bienes.

¹⁰⁴ Vid. CUELLO CONTRERAS, «Insolvencias punibles», *Cuadernos de Política criminal*, 67, 1999, pp. 37 ss., pp. 45 s.

¹⁰⁵ Vid. CUELLO CONTRERAS, *CPCr*, nº 67, 1999, p. 43.

¹⁰⁶ Vid., por todos, BENÍTEZ ORTÚZAR, en MORILLAS CUEVA (dir.), *Sistema de Derecho penal*, PE, 2ª ed., p. 580. Para precepto semejante del Derecho penal alemán, Klaus TIEDEMANN, «§ 283», en *StGB Leipziger Kommentar*, 10ª ed., 1985, nm. 3 y 4.

¹⁰⁷ «La misma pena (prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses) se impondrá a quien, mediante alguna de las conductas a que se refiere el apartado anterior, causa su situación de insolvencia»

14.3. Frustración de la ejecución como nuevo grupo de delitos

A su vez, el Capítulo VII del título XIII CP, en la redacción de 2015, agrupa un conjunto de delitos que ya existían con anterioridad mezclados con las “Insolvencias punibles”¹⁰⁸, y que ahora se reúnen bajo el nombre de “Frustración de la ejecución”.

De entre ellos, el más característico es el tradicional alzamiento de bienes (art. 257. 1. 1º), al que se han añadido otros dos delitos de estructura paralela a la suya y referidos a la obstaculización de la ejecución de un procedimiento de apremio (art. 257. 1. 2º) y a la elusión del pago de posibles responsabilidades civiles derivadas del delito (art. 257. 2).

Todavía existen, a su vez, otras dos figuras en este capítulo, referidas a la infracción de la obligación de presentar relación de bienes en un procedimiento ejecutivo (art. 258) y uso indebido de bienes embargados (art. 258 bis).

Nota común a los delitos incluidos en este capítulo, que los distingue de los incluidos en el siguiente, es que todos ellos van referidos a una posible ejecución judicial o administrativa *directamente* impedida o dificultada por ella. Contienen pues un ataque adicional y directo al ejercicio de la potestad coercitiva del Estado (por vía judicial o administrativa) de ejecución pública de las obligaciones civiles dejadas de cumplir por el obligado, mientras que el Capítulo VII bis, del título XIII CP, contempla sólo prevenir la satisfacción de los derechos del acreedor¹⁰⁹.

15. Frustración de la ejecución e insolvencia punible

La separación en dos capítulos distintos del título XIII CP de la *frustración de la ejecución* y la *insolvencia punible* acaecida en la reforma de 2015 posee mayor calado del que en principio cabría pensar y quizá casualmente¹¹⁰ contribuye de forma decisiva a la definitiva segregación entre el alzamiento de bienes y la insolvencia punible que tantos quebraderos de cabeza ha dado históricamente a la doctrina y jurisprudencia penal españolas.

La insolvencia punible está constituida por conductas realizadas en una situación de insolvencia actual o inminente que pueden perjudicar a los acreedores. En cambio, los alzamientos de bienes son conductas dirigidas a provocar intencionalmente una situación de insolvencia no existente ni amenazante en el momento en que el autor actúa.

La diferencia entre el alzamiento dirigido a provocar la propia insolvencia (art. 257. 1. 1º) y la insolvencia punible que causa la insolvencia (art. 259. 2 CP) estriba en que mientras el primer delito tipifica la *acción* de insolventarse, el segundo tipifica la *causación*¹¹¹ de la insolvencia (que, si no se produce, hace atípico al comportamiento).

¹⁰⁸ Vid. CUELLO CONTRERAS, *CPCr*, 67, 1999, p. 42.

¹⁰⁹ Vid. Eva María SOUTO GARCÍA, en: José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del CP de 2015*, 2015, pp. 787 ss., 791 s.

¹¹⁰ En el sentido de no perseguida de forma totalmente consciente por el Legislador.

¹¹¹ Conforme a ley causal conocida. Vid. *infra* nota 122.

16. La intencionalidad como criterio de distinción entre el alzamiento de bienes y la insolvencia punible

De las múltiples cuestiones que suscita la protección penal y mercantil de los acreedores (públicos o privados), sólo nos vamos a ocupar aquí del papel que puede cumplir la intencionalidad para esclarecer la autonomía de la frustración de la ejecución, en especial el alzamiento de bienes, respecto a la insolvencia punible de título XIII, capítulo VII bis, CP y la insolvencia civil de la Ley Concursal, en el contexto de la insolvencia en general.

En este sentido, interesan dos cuestiones: 1ª) Cómo debe interpretarse y qué papel cumple en el contexto de la insolvencia el hecho de que el alzamiento de bienes se lleve a cabo “en perjuicio de los acreedores” (art. 250. 1) (otro tanto podría hacerse respecto al “con la finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito”, del art. 250. 2). 2ª) La posibilidad, ahora propiciada por el Legislador, de acotar el ámbito penal del alzamiento de bienes *valiéndose del elemento intencional*, remitiendo los restantes casos de insolvencia al drástico régimen mercantil de la nueva Ley Concursal y el también suficientemente grave régimen de la insolvencia punible del Título XIII, Capítulo VII bis CP¹¹². Evitándose así que quepa penalizar además cualquier operación empresarial que pueda interpretarse como alzamiento¹¹³. Ni que decir tiene que ambas cuestiones están estrechamente relacionadas, igual que ocurre con la estafa (en cuanto a delimitación entre el ilícito penal y el ilícito civil). De ahí que estudiemos el problema aquí, como ensayo de generalización de *técnicas restrictivas de punición en los delitos patrimoniales y contra el orden socio-económico*.

17. El alzamiento de bienes como delito intencional

La mayor parte de la doctrina española sostiene y siempre ha sostenido que “en perjuicio de los acreedores” del alzamiento de bienes (art. 257. 1. 1º) constituye un elemento subjetivo del injusto que requiere dolo directo de primer grado o intencionalidad¹¹⁴. Y la jurisprudencia lo mismo; de una forma aún más enfática, con sentencias emblemáticas que hacían de la intencionalidad criterio decisivo de segregación del alzamiento respecto al mero ilícito civil¹¹⁵.

Tan sólo MUÑOZ CONDE ha argumentado concienzudamente que ese elemento del alzamiento de bienes, constituyendo un elemento subjetivo del injusto, no implica sin embargo intencionalidad sino, eso sí, dolo directo, pues además del problema probatorio de la intencionalidad la dinámica del hecho consistirá por lo general (otro tanto puede decirse según MUÑOZ CONDE de la estafa)¹¹⁶ en el intento por parte de quien se alza de salvar sus bienes a costa del acreedor, pero no de dañar, como fin principal, el patrimonio del acreedor.¹¹⁷

¹¹² Vid. CÁMARA ÁGUILA, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *CLC, II*, com. art. 163, pp. 1750 s.

¹¹³ Y que está detrás de la altísima cifra de denuncias penales por alzamiento de bienes que todos los días se han estado presentado ante los tribunales, para desasosiego del más probo de los comerciantes.

¹¹⁴ Vid por todos Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes*, 1973, pp. 111 ss., 115.

¹¹⁵ Vid. QUINTERO OLIVARES, *Alzamiento de bienes*, pp. 111 s.; MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995, 1999, pp. 139 s.

¹¹⁶ Vid. *supra* nota 62.

¹¹⁷ MUÑOZ CONDE, *Alzamiento de bienes*, 2ª ed., pp. 142 ss., con exclusión del dolo eventual: pp. 146 ss.

Con anterioridad a la profunda reforma de la insolvencia punible de 2015, el alzamiento de bienes constituía secularmente una figura específica y característica del Derecho español, inexistente como tal en otros ordenamientos, como el alemán, dentro de las insolvencias y con la misma estructura de las restantes conductas punibles que constituían delitos de resultado.

Es digno de recordarse, a los efectos que después seguirán, establecer un paralelismo con lo que ocurría y ocurre en el Derecho alemán, donde no existe un delito de alzamiento de bienes autónomo, la insolvencia punible se regula de una forma que ahora, en 2015, ha seguido en buena parte el Legislador español, y existía (y sigue existiendo) una figura específica de frustración de la ejecución, con que a veces fue comparada el alzamiento (la *Vollstreckungsvereitelung* del § 288 StGB). Pues bien, exigiendo la figura del § 288 StGB amenaza de un procedimiento de ejecución, como en las restantes figuras de nuestro título XIII, capítulo VI CP, más allá del alzamiento, la doctrina científica de aquél país lee la exigencia del tipo aludido, de “intención de frustrar la satisfacción de los acreedores”, en el sentido de requerir dolo directo de primer grado (intencionalidad) o de segundo grado¹¹⁸.

El interés de este excursus de derecho comparado estriba en que puede arrojar luz sobre la estructura y función que cumple en la actualidad el alzamiento de bienes español. Que no quiere decir que antes no las presentara, solo que ahora se hacen más evidentes.

Se puede hablar de *dos ubicaciones del alzamiento de bienes* en el Derecho español, una en el seno del título VI y otra en el del título VII, capítulo XIII, CP.

Cuando no existe insolvencia ni amenaza de insolvencia y el deudor las creara con su alzamiento de bienes, a través de la acción de transmisión, ocultación, etc., estaremos ante la figura contemplada en el extraño art. 259. 2 CP, cuya única explicación, desapercibida para la doctrina que hasta ahora se ha ocupado de la nueva regulación, estriba en que conductas no llevadas a cabo en una situación de insolvencia o amenaza de insolvencia, son atípicas según el capítulo VII, cuya figuras delictivas requieren todas actuar en una situación de insolvencia actual o inminente; de ahí la necesidad de la norma contenida en el art. 259. 2.¹¹⁹

Pero no sólo ese alzamiento es punible en nuestro derecho. Punible es también el alzamiento dirigido a provocar la propia insolvencia *no existente ni amenazante en el momento de actuar el deudor*. Ese es el genuino alzamiento de bienes! Una figura de delito que tiene la naturaleza de delito intencional, como la estafa¹²⁰.

¹¹⁸ Vid. Karl SCHÄFER, § 288, nm 36, en *StGB. Leipziger Kommentar*, 10ª ed., ed. Hans-Heinrich JESCHECK y otros, 1980. Vid. también MUÑOZ CONDE, *Alzamiento de bienes*, 2ª ed., pp. 140 s.

¹¹⁹ El art. 259. 2 CP y su homólogo § 283 (2) StGB son un residuo de las redacciones anteriores del CP y el StGB, cuando la quiebra tenía que causar la insolvencia (delito de resultado). — ¿Tiene sentido seguir manteniendo la figura? — Parece que no. Que si se configura un delito de peligro no se necesita un delito de resultado, que no añade nada al primero, ni siquiera la punibilidad, que es la misma. — De ahí mi tesis sobre la función de este tipo: El sujeto crea con su acción la insolvencia, no existente ni amenazante antes. — El supuesto más interesante lo cubre ya en el CP el alzamiento de bienes del art. 257. 1. 1º, si bien el art. 259. 2, permite incluir también otras conductas del 259. 1 no realizadas intencionalmente (dolo directo e incluso eventual). — En Alemania, incluso, la situación es más transcendente, por la ausencia de un alzamiento de bienes autónomo, que cabe incluir en el § 283. 3 (vid. TIEDEMANN, *LK*, 10ª ed., § 283, nm 176).

¹²⁰ Vid. ya Mario SÁNCHEZ DAFUACE, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Reforma penal de 2015*, 2015, pp. 487 ss., p. 488.

El alzamiento del art. 259. 2, es un delito de resultado¹²¹ y puede realizarse con dolo directo e incluso eventual e imprudentemente. Admite incluso la tentativa¹²². El alzamiento de bienes del art. 257. 1. 1º, es un delito de resultado con un elemento subjetivo especial, como siempre quiso la jurisprudencia española, constituido por la intencionalidad (“en perjuicio de los acreedores”)¹²³.

La diferencia entre el genuino alzamiento y los específicos del capítulo XIII, título VII bis, finalmente, estriba en que la existencia en los últimos de un proceso de ejecución determina que el delito se pueda cometer con dolo directo de primer grado (intencionalidad), pero también de segundo grado. Lo que no ocurre con la primera modalidad del alzamiento¹²⁴.

Esta estructura del alzamiento de bienes, explica colateralmente la pretensión de la doctrina mercantil, proclive a la supresión del alzamiento punible, habida cuenta de que la conducta puede ser atajada por otras figuras delictivas, con la estafa, no por casualidad, a la cabeza¹²⁵.

Confirmándose así lo que anteriormente se afirmaba al intentar elaborar una teoría general de la intencionalidad que la ubica “*ante actu*”¹²⁶, en ese momento en que es el autor el que crea la misma situación en que la realización de la acción típica directamente ocasionará el perjuicio a la víctima en forma de no poder ver satisfecho el crédito que un día contrajo con el autor.

18. Conclusión: La intencionalidad como criterio de acotación penal de la insolvencia

Como consecuencia de todo lo anterior, cabría formular la hipótesis que construye la forma más específica de alzamiento sobre un *alzamiento intencional*; que además responde a la estructura genuina de delito con elemento de intencionalidad de manera semejante a la estafa.

Habida cuenta de que, por otra parte, las restantes modalidades delictivas de insolvencia y la insolvencia civil de la Ley Concursal parten de que la insolvencia ya es al menos inminente antes de actuar el sujeto, esta modalidad de alzamiento respondería a la teoría según la cual el elemento subjetivo, concretamente la intencionalidad, es un buen criterio de delimitación entre el

¹²¹ Vid. TIEDEMANN, *LK*¹⁰, § 283, nm. 2.

¹²² Es pensable la tentativa del art. 259. 2 CP, como delito de resultado que es. Pero casi siempre, vid. nota 119, se verá absorbida por el alzamiento de bienes. — Como también se vio en nota 119, la tentativa del § 283. 3 StGB es más operativa. — En cualquier caso, Klaus TIEDEMANN (*LK*¹⁰, § 283, nm. 192) ha argumentado magistralmente en contra de la punición de la tentativa del delito de quiebra en todas sus modalidades que contempla expresamente el StGB [§ 283 (3)], fundamentalmente las relacionadas con la exigencia de la prueba de la causalidad (inherente a los delitos de resultado) y su relación con la declaración judicial de la quiebra; justo las razones que ha llevado principalmente a la configuración del delito de quiebra como un delito de peligro y no de resultado.

¹²³ Vid. por todos QUINTERO OLIVARES, *Alzamiento de bienes*, 1973, pp. 111 s.

¹²⁴ El hecho de que el autor tenga que saber fehacientemente en el 257. 1. 2º y 257. 2 que media o va a mediar necesariamente un procedimiento ejecutivo o una exigencia de responsabilidad civil por delito de los que se sustrae algún bien que impedirá satisfacer al acreedor privado o público a quien protege el correspondiente procedimiento y consiguientemente se le perjudica (no en caso contrario), permite afirmar que en ambos tipos ha tenido que actuar el autor sabiendo y queriendo perjudicar a tercero; que ello sea conocimiento de la consecuencia principal que en la terminología de JAKOBS, *PG*, 1995, 315 ss., 321 ss., caracteriza al dolo directo de primer grado (intencionalidad), o conocimiento de la consecuencia secundaria (segura) (dolo directo de segundo grado), es irrelevante.

¹²⁵ Vid. *supra* nota 111.

¹²⁶ Vid. *supra* 8.

ilícito penal y el ilícito civil en el que ir pensado para seguir acotando la responsabilidad en el ámbito patrimonial y socio-económico¹²⁷.

19. Responsabilidad penal y responsabilidad civil

El injusto penal no se distingue en nada del injusto civil. Ambos consisten en *comportamiento* antijurídico. Lo hemos visto muy bien al estudiar la insolvencia: la insolvencia fortuita no constituye injusto civil. Injusto civil sólo lo constituye la insolvencia dolosa o culposa. ¡Igual que en derecho penal! Con independencia de que la responsabilidad penal dependa de algún presupuesto adicional más (p. ej. la culpabilidad)¹²⁸.

Si del presupuesto, el injusto, civil o penal, damos un salto a la *consecuencia jurídica*, resarcimiento allí, pena aquí, nos encontramos con que, por una parte, no es tan claro y simple que pena y resarcimiento sean intercambiables, habida cuenta del presupuesto común; pero, por otra, no hay ningún inconveniente en que se exija la comisión de un delito del que extraer consecuencias civiles muy drásticas más allá de las previstas genéricamente para el sujeto responsable, con inclusión de terceros, y que pueden ser suficientes y más eficaces que la misma pena como estrategia de política criminal. Explicación, ésta, que está detrás de la nueva regulación del *decomiso* en España y otros países europeos.

Para articular esta nueva estrategia, hay que recordar antes, una vez más, aunque muy brevemente, grandes aportaciones del pasado siglo XIX y XX al tema de las *relaciones entre el derecho civil y el derecho penal*, esta vez en el aspecto de las consecuencias, que abordamos a continuación.

20. Las tortuosas relaciones entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil

Muchos autores, entre ellos MERKEL¹²⁹, desde los tiempos de BINDING, gran defensor de esta tesis¹³⁰, sostienen que la única diferencia entre el ilícito penal y el ilícito civil estriba en la consecuencia. Pena allí y resarcimiento aquí. Con un fundamento material: mientras que la pena persigue compensar el daño hecho a la sociedad, la responsabilidad civil debe limitarse a compensar el daño hecho a la víctima.

El problema surgió cuando los tribunales de lo civil comenzaron a reconocer por la vía de los daños morales una exigencia de compensación civil basada aparentemente en la mayor culpabilidad manifestada por el injusto civil que los ocasionaba (gran solvencia económica del difamador, especial ánimo ofensivo de su parte, vulneración especial de derechos morales de la víctima, etc.), que parecía contener un elemento de punición incompatible con los fines del derecho civil (puramente resarcitorios).

¹²⁷ Vid. supra 1.

¹²⁸ La quiebra culpable del derecho privado es la dolosa y la imprudente, es decir, las únicas que pueden constituir el presupuesto lógico de la culpabilidad, aunque el derecho civil también extraiga responsabilidad (civil) de sus consecuencias puramente objetivas.

¹²⁹ Vid. supra 10.

¹³⁰ Karl BINDING, *Die Normen und Ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Band I., *Normen und Strafgesetze*, reimpresión (1965) de la 4ª ed., 1922, pp. 270 ss.

La cuestión que no se ha resuelto todavía, como lo prueba el hecho de que se mantiene en auge la doble vía civil y penal abierta para combatir los daños a la intimidad, el honor y la propia imagen, etc., evidencia de cualquier modo —lo que ahora es muy oportuno destacar— que también desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas el derecho penal ofrece posibilidades de *modulación de la responsabilidad basadas en el elemento subjetivo del comportamiento que el derecho civil no posee en igual medida*; claro está que por ser, en principio, diversos sus fines.

De ahí la crítica a quienes con la mejor voluntad, en una y otra época, dado que la cuestión es recurrente, abogan por una intercambiabilidad de pena y resarcimiento en aras de la política y el pragmatismo jurídicos¹³¹, de no contar con el hecho incontrovertible de que el derecho civil no puede utilizar elementos procedentes del derecho penal, como la culpabilidad, para modular la responsabilidad civil y de camino sobrepasar al derecho penal (a diferencia de lo que ocurre con la infracción administrativa respecto a la infracción penal)¹³². Lo que supondría el desmantelamiento del ordenamiento jurídico con repercusiones de todo tipo, de las que quizá la más importante, pero no la única, podría ser la pérdida de garantías del ciudadano por una regulación civil de lo que hasta entonces había estado regulado en derecho penal.

A la luz de estas consideraciones sobre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil en aras de los fines regulativos del Derecho, puede ser muy interesante —ya lo hemos anunciado— la innovación introducida también en 2015 en el CP español¹³³, siguiendo directrices europeas¹³⁴, en materia de *decomiso*, una institución ciertamente no civil, pero íntimamente relacionada con la garantía de la responsabilidad civil derivada del delito.

Antes de hacerlo, conviene detenerse algo más en las correlaciones entre ilícito, civil o penal, y responsabilidad, civil o penal. Para comprobar, como acabamos de anticipar, que *no son simétricas* (mientras que el ilícito civil da lugar a responsabilidad civil y no puede dar lugar a responsabilidad penal, el ilícito penal da lugar a responsabilidad penal y civil pero puede conformarse también sólo con la civil). Con consecuencias de política jurídica como evidencia muy bien la *nueva regulación del decomiso*.

21. Ilícito civil y responsabilidad penal

Hans Joachim HIRSCH¹³⁵ llamó la atención muy oportunamente sobre una decisión del Plenario del Gran Senado Civil del Tribunal Supremo Federal, de 6. 7. 1955, que estableció que la *indemnización* (“*Schmerzensgeldanspruch*”) (§ 847 BGB) puede ir más allá de la *compensación del daño* (“*Schadensausgleich*”) y que para su medición vendrían en consideración además de la valoración económica del daño moral, daños no traducibles a dinero, como el grado de culpabilidad del obligado, su solvencia económica, que hubiese actuado dolosa o gravemente imprudente; y, a su

¹³¹ Joachim HELLMER, «Zur Bedeutung der neuen Schmerzensgeldrechtsprechung für das Strafrecht», en *FS für Hellmuth Mayer*, 1966 pp. 665 ss.

¹³² Dado el carácter netamente *sancionatorio* de su consecuencia (como la del ilícito penal). Vid. al respecto, CUELLO CONTRERAS, PG, 3ª ed., 2015, p. 24.

¹³³ Artículo 127 ss.

¹³⁴ Directiva 2014/42/UE, de tres de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

¹³⁵ «Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht», en: *Festschrift für Karl Engisch*, 1969, pp. 304 ss.

favor, que sólo actuó de forma levemente imprudente; debiéndose medir la indemnización por las consecuencias del delito (civil) de forma más grave que las derivadas de una infracción de tráfico. Doctrina que con posterioridad creó jurisprudencia¹³⁶.

Más allá de lo que este paso representó dentro del derecho civil, surge la cuestión, detectada y asumida por la doctrina civilista, de lo que supuso como resurrección de la antigua y superada *pena privada*, que obliga a cuestionar su compatibilidad con la diversidad de funciones del derecho civil y el derecho penal. El propio Plenario que inició esta línea, negó que se tratara de una pena, pues al fin y al cabo todos los criterios de determinación de la indemnización persiguen compensar al perjudicado; pero sí estuvo de acuerdo en caracterizar a la nueva indemnización como un “*Busse*” (*expiación*)¹³⁷. Y el propio HIRSCH, antes de seguir con su crítica a esta doctrina civilista, trajo a colación argumentos que permitieran entender que los nuevos criterios de determinación de la indemnización no dejaran de ser una forma objetiva de evaluar el daño a compensar. El hecho, sin embargo, de que el grado de culpabilidad y la solvencia económica del obligado sean criterios decisivos de la indemnización, muestra una clara semejanza con la medición de la pena del derecho penal; y la relevancia personalísima de tales criterios, debería dar lugar a establecer que la deuda así nacida no pudiese ser heredada ni asegurada¹³⁸. Con lo que sigue la duda de si no se trata de una pena (privada).

Es cierto que el Gran Senado civil, concibe el § 847 BGB (*responsabilidad por delito*) como forma equitativa de valorar materialmente los daños inmateriales. Pero el mismo BGH entendió que compensación, indemnización y expiación, como pretensiones de dañado frente al dañador no son separables¹³⁹, lo que HIRSCH contrarresta distinguiendo entre el daño o perjuicio experimentado por el dañado como resultado y la forma especialmente reprochable con que actuó el dañador (como en derecho penal se distingue entre el desvalor resultado y el desvalor acción), de los que sólo el primero, el daño como resultado, debe ser tenido en cuenta a efectos indemnizatorios. “La injuria al perjudicado debe ser tratada como si no hubiese culpabilidad alguna de quien daña por la lesión del Derecho producida (*nota bene*)”¹⁴⁰. Sólo distinguiendo entre compensación del daño y sanción de culpabilidad, se puede salvar que la deuda ocasionada por el daño sea transmisible y no desaparecer con la muerte. Sólo así se puede explicar la indemnización en casos de responsabilidad por peligros que el Derecho alemán admite en términos más amplios que la derivada del § 847 BGB. Pues la retribución sólo es derivable de un hecho antijurídico y culpable¹⁴¹.

Puesto que el terreno del *delito civil* es el de la creación judicial del Derecho por excelencia y ante la perspectiva de la modificación de sus reglas en el momento en que escribe HIRSCH, aduce oportunamente la tendencia en la doctrina civil (con nada menos que IHERING a la cabeza) a hacer revivir la idea de *pena privada*, lo que crea el problema de la *diferenciación entre el derecho civil y el derecho penal* que HIRSCH se propuso estudiar¹⁴². Así, frente a la idea de que la *sanción compensatoria* (“*Genugtuungssanktion*”) del derecho civil es distinta a la intimidación del derecho

¹³⁶ HIRSCH, *FS-Engisch*, 1969, p. 305.

¹³⁷ HIRSCH, *FS-Engisch*, 1969, p. 307.

¹³⁸ HIRSCH, *FS-Engisch*, 1969, p. 308.

¹³⁹ HIRSCH, *FS-Engisch*, 1969, p. 312.

¹⁴⁰ HIRSCH, *FS-Engisch*, 1969, p. 312.

¹⁴¹ HIRSCH, *FS-Engisch*, 1969, p. 312 s.

¹⁴² HIRSCH, *FS-Engisch*, 1969, p. 313 ss.

penal, sostiene que ésta está presente como efecto secundario en el § 823 BGB, como en el derecho penal, donde tampoco es el efecto principal. Por lo que no puede estribar ahí la distinción¹⁴³. Las acciones prohibidas en derecho civil, por su parte, incluidas las que fundamentan una mera responsabilidad por peligro, como lesivas de mandatos y prohibiciones, tienen el mismo efecto preventivo que el derecho penal, con lo que tampoco puede residir en ello la distinción¹⁴⁴. Como tampoco en el hecho de que el órgano que las persiga sea penal o civil, cuestión formal, que no permite distinguir la infracción civil de la penal, como asimismo el aspecto cuantitativo no permite distinguir a la infracción penal de la infracción administrativa. La diferencia entre el derecho civil y el derecho penal tiene que ser una material y cualitativa.

Los partidarios de la doctrina de la "*Genugtuung*" ven la diferencia en que la sanción expiatoria civil persigue satisfacer al perjudicado, no retribuir al infractor. Pero eso no impide, sostiene HIRSCH¹⁴⁵, que la sanción sea experimentada por el infractor como un padecimiento. Es cierto que sólo constituye medio de padecimiento para fin resarcitorio, pero la forma como es empleado el medio de satisfacer al dañado, no se diferencia en nada de la sanción penal. Que la sanción económica vaya a las arcas del tesoro público o al bolsillo del perjudicado, no cambia en nada que el infractor la entienda como la misma pérdida. Sólo queda la cuestión de si el perjudicado tiene una pretensión a que el dañador experimente expiación, lo que además de difícil de probar (cuándo se ha satisfecho esa pretensión), es éticamente insostenible. Como efecto colateral de la sanción aplicada con otro fin, en cambio, puede valer (sentimiento de justicia)¹⁴⁶.

No hay manera de distinguir pues entre la pena civil y la pública o estatal, por lo que no es satisfactoria la pretensión de HELLMER de leer la doctrina de la satisfacción civil como alternativa de política criminal para aligerar al derecho penal¹⁴⁷. "En el Derecho civil del delito ("*Deliktsrecht*") no hay espacio alguno para la pena, sólo queda la compensación del daño (*nota bene*)"¹⁴⁸.

Ante esta conclusión, el dilema se sitúa desde hace mucho tiempo entre la insuficiente protección penal de los derechos de la personalidad, con los ataques al honor a la cabeza, siempre delitos de bagatela, y la contundente protección civil por la vía de las altísimas indemnizaciones que alcanza, pero al precio de introducir en derecho civil elementos de pena privada que no se compadecen con los principios del derecho civil y sí con los del penal (¿qué ocurre cuando el afectado no se ha sentido ofendido por el ataque? ¿qué ocurre cuándo para una pérdida irreparable de una parte del cuerpo apenas es alcanzable una suficiente indemnización?). La solución, al parecer de HIRSCH¹⁴⁹, está en calcular bien la satisfacción material al dañado por el daño inmaterial experimentado, pero reservar para el derecho penal toda expiación que vaya más allá de la indemnización; derecho penal que por su parte no puede perseguir estos comportamientos muchas veces sino solo con multas; excepcionalmente, p. ej. las lesiones antes aludidas, con prisión. Lo que el derecho civil no puede hacer es punir, sólo indemnizar.

¹⁴³ HIRSCH, *FS-Engisch*, 1969, p. 314.

¹⁴⁴ HIRSCH, *FS-Engisch*, 1969, p. 315.

¹⁴⁵ HIRSCH, *FS-Engisch*, 1969, pp. 315 s.

¹⁴⁶ HIRSCH, *FS-Engisch*, 1969, 316 s.

¹⁴⁷ HELLMER, *FS-H. Mayer*, 1965, pp. 673 ss.

¹⁴⁸ HIRSCH, *FS-Engisch*, 1969, p. 319.

¹⁴⁹ HIRSCH, *FS-Engisch*, 1969, pp. 319 ss., pp. 321 s.

La persecución de fines penales por vía civil choca finalmente con las garantías¹⁵⁰. Ni el derecho civil cumple con las garantías propias del derecho penal ni a nadie se le ocurre pretender que las cumpla. Ni en derecho civil puede estar vigente el principio de legalidad en los términos en que la Constitución prevé para el derecho penal, ni los jueces civiles pueden atenerse estrictamente a lo que exige el principio constitucional de legalidad. Todo lo cual es extensible a las normas procesales que rigen para ambos ámbitos jurídicos, cuya separación es indeclinable a los efectos de los diversos fines del ordenamiento jurídico.

“Todo esto muestra que la estricta separación del derecho civil y el derecho penal representa uno de los pilares del Estado de Derecho. En la medida en que la doctrina de la compensación no lo respeta, representa un primer paso atrás respecto al estado alcanzado en la segunda mitad del siglo XIX con la derogación de los últimos restos de la pena privada”¹⁵¹.

22. *Ilícito penal y responsabilidad civil*

A diferencia de lo que ocurre con la imposibilidad de deducir una responsabilidad penal de un mero ilícito civil, como quiera que se conciba el ilícito civil (con una componente común al ilícito penal: comportamiento dominable); a la inversa, no existe, por el contrario, ninguna dificultad para deducir sólo la responsabilidad civil de un ilícito penal, prescindiendo de la responsabilidad penal (o *más allá de la responsabilidad penal*). Lo que facilita la labor de no perseguir penalmente un comportamiento cuando *puede bastar, desde el punto de vista de la política criminal, con consecuencias civiles más o menos drásticas (muy drástica la que anida en el decomiso)*.

*El ordenamiento jurídico puede imponer una consecuencia civil muy drástica cuando el comportamiento con referencia al cual se impone es constitutivo de un delito grave. Es lo que ocurre con el decomiso, evidente tras la reforma de 2015, que en seguida abordamos. De esta manera, lo que no es posible en derecho civil, utilizar el elemento subjetivo del ilícito para modular la responsabilidad, es posible determinar la responsabilidad civil o la consecuencia no penal derivada del delito sobre la base de un comportamiento originario delictivo.*¹⁵² Sin que se resientan las garantías propias del ordenamiento penal (ya que la consecuencia la determina el juez penal que aplicó las garantías previstas para el hecho delictivo por el que se aplica la consecuencia) ni sea necesaria circunscribirla a la persona del autor (la responsabilidad penal no es transferible). Que se decomise el bien que ha podido tener su origen en un hecho probadamente delictivo, no requiere que se compruebe comportamiento delictivo alguno de la persona que se ha podido beneficiar de los bienes de procedencia delictiva.

Es cierto que con normas como la del decomiso, el afectado por el mismo puede ser persona distinta a la que cometió el delito, sin que haya que probar que él cometió receptación, en cuyo caso el posible decomiso sería consecuencia del propio delito. Es cierto que con la nueva normativa pueden plantearse difíciles problemas interpretativos acerca de si los bienes

¹⁵⁰ HIRSCH, *FS-Engisch*, 1969, pp. 324 ss.

¹⁵¹ HIRSCH, *FS-Engisch*, 1969, p. 327.

¹⁵² Como ocurre con la estafa que hemos estudiado en este ensayo y constituye un ilícito civil elevado a delito en virtud del elemento subjetivo!

decomisados no tienen un origen lícito (¿hasta dónde llega la presunción de ilicitud?). Todo lo cual puede provocar problemas de constitucionalidad de tales preceptos.

Pero igualmente debe reconocerse que, como estrategia de futuro, la del *decomiso* es una magnífica vía, y así lo ha captado la Unión Europea. Por eso conviene hilar fino, para asegurar su viabilidad.

Por lo demás, desde el punto de vista dogmático, que especialmente nos interesa para la construcción del derecho penal, además de su utilidad, está claro que esta innovación (a caballo entre el esclarecimiento de la responsabilidad y la determinación de la responsabilidad civil por delito) puede verse como una muestra más de lo oportuna que fue la propuesta de Armin KAUFMANN sobre *el elemento común del ilícito penal y el ilícito civil*, y de *la importancia del elemento subjetivo para graduar el injusto*¹⁵³. Prueba elocuente, por lo demás, de que es absurdo definir el delito de manera puramente objetiva, ya que el *elemento subjetivo* puede prestar un servicio magnífico a las nuevas estrategias de la política criminal (*también a través de la cuestión no menor de la responsabilidad civil*)¹⁵⁴.

23. El decomiso como piedra de toque de la permutabilidad de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil.

El nuevo art. 127 bis introduce una nueva regulación sobre el decomiso en delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, insolvencias punibles, receptación y blanqueo de capitales, etc. que autoriza al juez a decretarlo en unos términos muy drásticos, que incluyen la no acreditación de su origen lícito, la transferencia de los bienes obtenidos ilícitamente a tercera persona que conocía o pudo sospechar la procedencia de esos bienes o valores equivalentes (presunción incluida de que lo sabía cuando fueron recibidos gratuitamente o por precio inferior al de mercado) (art. 127 *quater*), la inclusión de bienes procedentes de una posible actividad delictiva previa (“indicios fundados”), con presunciones legales expresas (art. 127 *quinquies* y 127 *sexies*), e incluso sustituirlos por bienes lícitamente obtenidos por valor equivalente a los obtenidos a través del delito cuando estos por cualquier circunstancias no puedan ser decomisados.

La EM de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de enero, de reforma del CP que introduce regulación tan severa del decomiso, la justifica sosteniendo que al fin y al cabo el decomiso no se impone tanto como consecuencia de la comisión de un delito, en cuyo caso deberían tenerse en cuenta todas las *garantías del derecho penal*, sino que se decreta conforme a los principios civiles del *enriquecimiento injusto*¹⁵⁵; lo que descarta la duda que podría suscitarse desde el punto de vista

¹⁵³ Vid. *supra* 11.

¹⁵⁴ Vid. *supra* 1.

¹⁵⁵ EM LO 1/2015: “Como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el decomiso sin condena no tiene una naturaleza propiamente penal, pues no tiene como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho, sino que «es más comparable a la restitución del enriquecimiento injusto que a una multa impuesta bajo la ley penal» pues «dado que el decomiso se limita al enriquecimiento (ilícito) real del beneficiado por la comisión de un delito, ello no pone de manifiesto que se trata de un régimen de sanción» (Decisión 696/2005, Dassa Foundation vs. Liechtenstein)”.

Con mejor criterio, EM LO 1/2015, más abajo: “El decomiso ampliado permitirá a los jueces y tribunales, en los supuestos de condenas por delitos que normalmente generan una fuente permanente de ingresos, como ocurre

constitucional ante el hecho de que el CP facilite la labor del juez a la hora de decretarlo instándole a que acuda al sistema de presunciones que le ofrece.

Con independencia de las dudas de constitucionalidad que pueda suscitar una regulación como la del decomiso prevista en la reforma 2015, lo que está claro es que bajo ningún concepto se puede presumir que el enriquecimiento experimentado por un ciudadano es injusto mientras que no demuestre que es justo. La norma del decomiso, por tanto, ha de tener una fundamentación más sólida. Y se aproxima más a la que precisamente con argumento tan burdo como el esgrimido por el Legislador ha querido evitar tener que dar: *La norma del decomiso se fundamenta en la comisión de un delito a través del cual se han obtenido los bienes o sus equivalentes que ahora se decomisan*¹⁵⁶. Con lo que sigue siendo el delito el presupuesto que permite imponer consecuencia civil tan drástica como el comiso. Se puede decir que sólo cuando el enriquecimiento injusto ha tenido su origen en un comportamiento tan grave como el delictivo, puede presumirse.

De compartirse este argumento, tendríamos un buen ejemplo de consecuencia civil grave derivada de ilícito penal, que la justificaría; al tiempo que puede constituir un buen modelo de política criminal: la que considera que la estrategia más adecuada de lucha contra el delito, determinado tipo de delitos, como los económicos, es la que ataja el enriquecimiento mejor que la que sólo persigue imponer penas sin conseguir el más idóneo contramotivo de esa delincuencia que es obstruir todo resquicio de enriquecimiento final.

24. Conclusión

No existe inconveniente alguno en perseguir sólo civilmente lo que en principio constituye un ilícito penal (lo que no es posible a la inversa). Pero lo que no es posible es prescindir de las garantías penales (superiores a la civiles) ni siquiera para imponer una responsabilidad civil por hechos constitutivos de ilícito penal. Una prueba más de que las fronteras de la política jurídica haciendo jugar a sus diversos recursos son fluidas, pero no debe abusarse de un fraude de etiquetas.

25. Resumen y conclusión general

El elemento subjetivo que caracteriza a todo comportamiento delictivo junto con el elemento objetivo, inescindiblemente entrelazados y referidos ambos a la lesión del bien jurídico, adquiere en determinados tipos penales un significado especial sin el cual no podríamos siquiera comenzar a representarnos la gravedad del comportamiento que lo convierte en delictivo. Es lo que ocurre con la estafa, donde la intención de defraudar colorea de principio a fin lo que de otro modo sólo constituiría un ilícito civil.

con el tráfico de drogas, terrorismo o blanqueo de capitales, ordenar el decomiso de bienes y efectos del condenado procedentes de otras actividades delictivas, siempre que existan indicios objetivos fundados de la procedencia ilícita de los efectos decomisados”.

¹⁵⁶ Vid. ya Margarita ROIG TORRES, «La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española», en: *Estudios penales y criminológicos*, XXXVI, 2016, pp. 199 ss., p. 236.

El doble aspecto de la intencionalidad, como elemento caracterizador del ilícito penal y diferenciador del mero ilícito civil, está muy presente —no por casualidad— en otros tipos del derecho penal patrimonial y socioeconómico, y es lo que permite segregar definitivamente en el Derecho español al alzamiento de bienes de las restantes conductas constitutivas de insolvencia penal o meramente civil. Lo mismo se podría decir de muchos delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico.

La exigencia de intencionalidad permite acotar en unos términos muy drásticos la responsabilidad penal en un ámbito, como el socioeconómico, en el que la intervención penal comienza a ser mastodóntica; siendo así que muchas veces bastaría con los instrumentos del derecho privado (piénsese en los efectos tan drásticos que permite la Ley Concursal).

En sentido inverso, y como complemento de la conveniencia de restringir el ámbito de la delincuencia patrimonial y socioeconómica, configurando tipos delictivos que exijan intencionalidad (también dolo directo), cabe ampliar y endurecer las consecuencias civiles (o semejantes) derivadas del delito, como hemos visto con el decomiso, que, más allá de la mera responsabilidad civil (no es posible la pena civil), permitan atajar el enriquecimiento injusto procedente del delito; el problema más grave en el presente de la delincuencia socioeconómica y organizada, frente al que es muy urgente actuar, antes que limitarse a imponer penas sin impedir sus fines.

De esta manera, sirve el ilícito penal para justificar en el ámbito civil lo que el mero ilícito civil no puede (algo semejante ocurre con el ilícito penal del representante como presupuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica)¹⁵⁷ y de camino luchar más eficazmente contra la criminalidad, atajando el beneficio perseguido por el delito mejor que sólo puniendo.

El elemento subjetivo del delito se ofrece pues como una de las mejores armas para fundamentar tanto el ilícito tanto el civil como el penal y para modular la responsabilidad correspondiente, pues posee una capacidad de graduación que el elemento objetivo no permite (más allá de la mera cuantificación). Frente a tendencias poderosas a objetivar el injusto, también el penal, es necesario reivindicar que sin prescindir del daño y el peligro para los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia como el fin del derecho penal, siempre se percibirá que mientras más consciente fue el ataque más grave resultará y mayores consecuencias (como el decomiso) estará autorizado a decretar el Estado para evidenciar que el Derecho debe prevalecer sobre el injusto.

¹⁵⁷ Vid. CUELLO CONTRERAS, «El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad pena de la persona jurídica», en *RECPC* 15-03 (2013), pp. 1 ss.

26. Bibliografía

- ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), (2011), *Derecho penal español, Parte especial*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ANTÓN ONECA, (1958) voz "Estafa", en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. IX, pp. 56 ss., Francisco Seix, Barcelona.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), (2004), *Comentarios a la Ley Concursal*, t. II., Tecnos, Madrid.
- BINDING (1965), *Die Normen und Ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, Band I., Normen und Strafgesetze*, reimpression de la 4ª ed., Scientia Verlag, Aalen.
- COBO DEL ROSAL (dir.), (2000), *Compendio de Derecho penal español (Parte especial)*, Dykinson, Madrid.
- CUELLO CONTRERAS, (1991), «Falsas antinomias en la teoría del delito», *Anuario de Derecho penal*, (44-III), 1991, pp. 791 ss.
- (1993), «Jurisprudencia y prevaricación», *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, año XIV, (3219), 1993, pp. 1 ss.
- (1999), «Insolvencias punibles», *Cuadernos de Política criminal*, (67), 1999, pp. 37 ss.
- (2002), *El Derecho penal español, Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., Dykinson, Madrid.
- (2006), «Fundamentos para un sistema lógico-funcional de Derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología* (en línea), (08-01), 2006, <http://crimimet-ugr.es/recepc/08/recpc08-01.pdf>
- (2009), *El Derecho penal español, Parte general, volumen II, Teoría del delito* (2), Dykinson, Madrid.
- (2009), «Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto» *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª época, (2), 2009, pp. 37 ss.
- (2010), «Causalidad, imputación y ciencia», *Cuadernos de Política Criminal*, 2ª época, (102-III), 2010, pp. 5 ss.
- (2011), «Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito», en *InDret (penal). Revista para el análisis del Derecho*, pp. 1 ss.
- (2012) «¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso?», en *Cuadernos de Política Criminal*, 2ª época, (106), 2012, pp. 97 ss.

————— (2013), «El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad pena de la persona jurídica», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (15), 2013, pp. 1 ss.

————— (2017), «Objetividad, subjetividad e intersubjetividad en el pensamiento de Mir Puig sobre el fundamento de la tentativa», en: *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Santiago MIR PUIG*, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ y otros (coords.), pp. 471 ss., BdeF, Montevideo Buenos Aires.

DAVIDSON, (1963), «Acciones, razones y causas», *Ensayos sobre acciones y sucesos* (trad. HANSBERG y otros), Ed. Crítica, Barcelona.

————— (2003), «La segunda persona», en *Subjetivo, intersubjetivo, objetivo* (trad. Olga FERNÁNDEZ PRAT), Cátedra, Madrid.

DENCKER, (1999), «Zum subjektiven Tatbestand des Betruges», *Festschrift für Gerald Grünwald*, Berlin, pp. 75 ss., Nomos, Baden Baden.

DORNSEIFER, (1979), *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merckels. Ein Beitrag zum Realismus in der Jurisprudenz*, Duncker & Humblot, Berlin.

GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), (2015), *Comentarios a la Reforma del CP de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GRÜNWALD (1966), «Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts», en *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer*, ed. Friedrich GEERDS y Wolfgang NAUCKE, pp. 75 ss., Duncker & Humblot, Berlin.

HELLMER (1966), «Zur Bedeutung der neuen Schmerzengeldrechtsprechung für das Strafrecht», *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer*, pp. 665 ss., Duncker & Humblot, Berlin.

HIRSCH (1969), «Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht», en: *Festschrift für Karl Engisch*, pp. 304 ss., Ed. Klostermann, Frankfurt am Main.

JAKOBS (1995), *Derecho penal, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), Marcial Pons, Madrid.

JESCHECK y otro (eds.), (1979) *StGB Leipziger Kommentar*, 10ª ed., Ed. de Gruyter, Berlin.

JOSHI JUBERT, (1989), «Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad», *Anuario de Derecho penal*, (47-I), 1989, pp. 125 ss.

KAUFMANN, A., (1963), «Unterlassung und Vorsatz», en *Fest. f. Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, pp. 207 ss., Ed. Rohrscheid, Bonn.

————— (1957), «Die Rechtswidrigkeit im Zivil- und Strafrecht», en Armin KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, pp. 35 ss.

————— (2006), *Dogmática de los delitos de omisión* (trad. CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), Marcial Pons, Madrid.

LAMPE, (1967), *Das personale Unrecht*, Duncker & Humblot, Berlin.

MERKEL (1867), *Kriminalistische Abhandlungen*, I. Zur Lehre von der Grundeinteilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen, II. Die Lehre vom strafbaren Betrug, Breitkopf und Härtel, Leipzig.

————— (1872) «Betrug und Untreue», en: (HOLTZENDORF, ed.) *Handbuch des deutschen Strafrechts*, t. III, Carl Sabel, Berlin, pp. 750 ss.

————— (1889), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Ed. Enke, Stuttgart.

————— (1912) *Die Lehre von Verbrechen und Strafe. Auf der Grundlage des "Lehrbuchs des deutschen Strafrecht" in Verbindung mit den übrigen Schriften des Verfassers, herausgegeben und mit einer Einleitung versehen von Liepmann Moritz*, Ed. Enke, Stuttgart.

MIR PUIG (1994), «Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal», *Anuario de Derecho penal*, (47-I), 1994, pp. 5 ss.

MORILLAS CUEVA (dir.), (2016) *Sistema de Derecho penal, Parte especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid.

MUÑOZ CONDE (1999), *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995, Bosch, Barcelona.

————— (2015), *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

NAUCKE (1964) *Zur Lehre vom strafbaren Betrug*, Duncker & Humblot, Berlin.

OTTO (1975), «Personales Unrecht, Schuld und Strafe», en *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft*, pp. 539 ss.

QUINTERO OLIVARES (1973), *El alzamiento de bienes*, Praxis, Barcelona.

————— (2015), *Comentarios a la Reforma penal de 2015*, Aranzadi, Navarra.

RENGIER (1990), «Die Unterscheidung von Zwischenziele und unvermeidlichen Nebenfolgen», *Juristemzeitung*, (7), 1990, pp. 321 ss.

ROIG TORRES (2016), «La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española», en: *Estudios penales y criminológicos*, (36), 2016, pp. 199 ss., Santiago de Compostela.

ROJO Ángel/BELTRÁN Emilio (2004), *Comentarios a la Ley Concursal*, t. II, Civitas, Madrid.

RUDOLPHI y otros (eds.), (1982), *Systematischer Kommentar zum StGB*, B. 2, 2ª ed., Berlin.

SÁNCHEZ-OSTIZ (2008), *Imputación y teoría del delito*, BdeF, Montevideo - Buenos Aires.

SAMSON/GÜNTHER (1996), *Systematischer Kommentar zum StGB*, B. 2, 5ª ed., Berlin.

SILVA SÁNCHEZ (1986), «La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos», *Anuario de Derecho penal*, (3), 1986, pp. 905 ss.

STRUENSEE (1987), «El tipo subjetivo del delito imprudente» (trad. Joaquín CUELLO CONTRERAS), *Anuario de Derecho penal*, (2), 1987, pp. 423 ss.

VALLE MUÑÍZ (1987), *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, Bosch, Barcelona.